

فصل

ويستحب إعلان النكاح والضرب فيه بالدف ، قال أحمد يستحب أن يظهر النكاح ويضرب فيه بالدف حتى يشتهر ويعرف ، وقيل له ما الدف ؟ قال هذا الدف قال لا بأس بالغزل في العرس بمثل قول النبي صلى الله عليه وسلم للأنصار : أتيناكم أتيناكم فحيونا نحييكم لولا الذهب الأحمر ما حلت بواديك ، ولولا الحنطة السوداء ما سرت عذاريتكم ، لا على ما يصنع الناس اليوم ومن غير هذا الوجه ، ولولا الحنطة الحمراء ما سمعت عذاريتكم .

وقال أحمد أيضاً : يستحب ضرب الدف والضرب في الاملاك ، فقيل له ما الصوت ؟ قال يتكلم ويتحدث ويظهر ، والأصل في هذا ما روى محمد بن حاطب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فصل ما بين الحلال والحرام ، الصوت والدف في النكاح ، رواه النسائي : وقال عليه السلام : أعلنوا النكاح — وفي لفظ — أظهروا النكاح ، وكان يجب أن يضرب عليها بالدف ، وفي لفظ : واضربوا عليه بالغربال .

وعن عائشة أنها زوجت يتيمة رجلاً من الأنصار وكانت عائشة فيمن أهداها إلى زوجها ، قالت فلما رجعنا قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما قلتم يا عائشة ؟ قالت سلينا ودعونا بالبركة ثم انصرفنا ، فقال : ان الأنصار قوم فم غزل ألا قلتم يا عائشة أتيناكم أتيناكم فحيانا وحياءكم ، روى هذا كله أبو عبد الله ابن ماجه في سننه ، وقال أحمد رحمه الله لا بأس بالدف في العرس والختان وأكره الطبل وهو المنكر وهو الكوبة التي نهى النبي (ص) .

(فصل) فإن عقده بولي وشاهدين فأسروه أو تواصوا بكتمانه كره ذلك وصح النكاح ، وبه يقول أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر ، وعن كره نكاح السر عمر رضي الله عنه وعروة وعبد الله بن عبيد الله بن عتبة والشعبي ونافع مولى ابن عمر وقال أبو بكر عبد العزيز النكاح باطل لأن أحمد قال إذا تزوج بولي وشاهدين : لا حتى يعلنه ، وهذا مذهب مالك والحجة لها ما تقدم في الفصل الذي قبل هذا .

ولنا قوله ، لا نكاح إلا بولي ، مفهومه انعقاده بذلك وإن لم يوجد الاظهار
ولأنه عقد معاوضة فلم يشترط اظهاره كالبيع ، وأخبار الاعلان يراد بها الاستحباب
بدليل أمره فيها بالضرب بالدف والصوت وليس ذلك بواجب فكذلك ما عطف
عليه ، وقول أحمد : لا . نهى كراهة فإنه قد صرح فيها حكينا عنه قبل هذا
باستحباب ذلك ولأن إعلان النكاح والضرب فيه بالدف إنما يكون في الغالب
بعد عقده ولو كان شرطاً لا اعتبر حالة العقد كسائر الشروط .

(فصل)

ويستحب عقد النكاح يوم الجمعة لأن جماعة من السلف استحبوا ذلك ، منهم
سمرة بن حبيب وراشد بن سعيد وحبيب بن عتبة ولأنه يوم شريف ويوم عيد فيه
خلق الله آدم عليه السلام والمساية أولى بأن أبا حفص روى بإسناده عن أبي هريرة
رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : مسوا بالأملاك فإنه أعظم
للبركة ، ولأنه أقرب إلى مقصوده وأقل لانتظاره .

(فصل) ويستحب أن يقال للتزوج بارك الله لك وبارك عليك وجمع بينكما
في خير وعافية ، وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى على عبد الرحمن اثر
صفرة فقال : ما هذا ؟ فقال : انى تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب قال :
بارك الله لك أولم ولو بشاة ، متفق عليه ، قال بعض أهل العلم وزن النواة خمسة
درهم وذلك ثلاثة مثاقيل ونصف من الذهب ، وقال المبرد الصواب عند أهل العلم
بالعربية أن يقال على نواة لحسب فإن النواة عندهم اسم خمسة دراهم كما أن الأوقية
أربعون درهما والنش عشرون والله أعلم .

(فصل) ويستحب أن يقول إذا زفت إليه ما روى صالح بن أحمد في مسائله
عن أبيه حدثنا داود عن أبي نضرة عن أبي سعيد مولى أبي أسيد قال : تزوج
لحضرة عبد الله بن مسعود وأبو ذر وحذيفة وغيرهم من أصحاب رسول الله صلى
الله عليه وسلم لحضرت الصلاة فقدموه وهو مملوك فصلى بهم ثم قالوا له إذا دخلت
على أمك فصل ركعتين ثم خذ برأس أمك فقل اللهم بارك لي في أهلي وبارك
لأهلي في وارزقهم منى وارزقني منهم ثم شأنك وشان أمك .

وروى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : إذا تزوج أحدكم امرأة أو اشترى خادماً فليقل اللهم إني أسألك خيرها وخير ما جبلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه وإذا اشترى بعيراً فليأخذ بذروة سنامه وليقل مثل ذلك .

مسألة ، قال (وليس للحر أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات)

أجمع أهل العلم على هذا ولا نعلم أحداً خالفه إلا شيئاً يحكى عن القاسم ابن إبراهيم أنه أباح تسعاً لقول الله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) والواو للجمع ولأن النبي صلى الله عليه وسلم مات عن تسع وهذا ليس بشيء ، لأنه خرق للاجماع وترك للسنة فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لغيلان بن سليمة حين أسلم وتحتة عشر نسوة : أمسك أربعا وفارق سائرهن ، وقال نوفل بن معاوية أسلمت وتحتي خمس نسوة فقال النبي صلى الله عليه وسلم : فارق واحدة منهن ، رواهما الشافعي في مسنده وإذا منع من استدامة زيادة عن أربع فالابتداء أولى فالآية أريد بها التخيير بين اثنتين وثلاث وأربع كما قال (أولى اجنحة مثنى وثلاث ورباع) ولم يرد أن لكل ملك تسعة اجنحة ولو أراد ذلك لقال تسعة ولم يكن للتطويل معنى ، ومن قال غير هذا فقد جهل اللغة العربية ، وأما النبي صلى الله عليه وسلم فمخصوص بذلك ألا ترى أنه جمع بين أربعة عشر .

مسألة ، قال (وليس للعبد أن يجمع إلا اثنتين)

أجمع أهل العلم على أن للعبد أن ينكح اثنتين واختلفوا في إباحة الأربع فذهب أحمد أنه لا يباح له إلا اثنتان ، وهذا قول عمر رضي الله عنه وعلي وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما ، وبه قال عطاء والحسن والشعبي وقتادة والثوري والشافعي وأصحاب الرأي .

وقال القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وطاوس ومجاهد والزهري وربيعة ومالك وأبو ثور وداود : له نكاح أربع لعموم الآية ولأن هذه طريقه اللذة والشهوة فساوى العبد الحر فيه كالما كول .

ولنا قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان
اجماعا ، وقد روى ليث بن أبي سليم عن الحكم بن قتيبة قال : أجمع أصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين ، ويقوى
هذا ما روى الإمام أحمد بإسناده عن محمد بن سيرين أن عمر رضى الله عنه سأل
الناس : كم يتزوج العبد ؟ فقال عبد الرحمن بن عوف بإثنتين وطلاقه بإثنتين ؛
فدل هذا على أن ذلك كان بمحض من الصحابة وغيرهم فلم ينكر ، وهذا يخص
عموم الآية ، على أن فيها ما يدل على إرادة الأحرار ، وهو قوله (أو ما ملكت
أيمانكم) ويفارق النكاح المأكول فإنه مبني على التفضل ، ولهذا فارق النبي
صلى الله عليه وسلم فيه أمته ، ولأن فيه ملكا والعبد ينقص في الملك عن الحر

مسألة ، قال (وله أن يتسرى بإذن سيده)

هذا هو المنصوص عن أحمد في رواية الجماعة ؛ وهو قول ابن عمر وابن عباس
والشعبي والنخعي والزهري ومالك والأوزاعي والثوري وأبي ثور ، وكره ذلك
ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي ، وللشافعي قولان
مبنيان على أن العبد هل يملك بتملك سيده أو لا ؟

وقال القاضي أبو يعلى : يجب أن يكون في مذهب أحمد في تسرى العبد وجهان
مبنيان على الروايتين في ثبوت الملك له بتملك سيده ؛ واحتج من منع ذلك بأن
العبد لا يملك المال ولا يجوز الوطء إلا في نكاح أو ملك يمين ، لقول الله تعالى
(إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك
فأولئك هم العادون)

ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفا . روى
الأثرم بإسناده عن ابن عمر أنه كان لا يرى بأسا أن يتسرى العبد ، ونحوه عن ابن
عباس ولأن العبد يملك في النكاح فملك التسرى كالحر ، وقولهم أن العبد لا يملك
المال ممنوع ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من اشترى عبدا وله مال ، فاجعل
المال له ، ولأنه آدمي فملك المال كالحر ، وذلك لأنه بآدميته يتمد لأهلية الملك

اذ كان الله تعالى خلق الاموال للادميين ليستعينوا بها على القيام بوظائف التكليف وأداء العبادات ، قال الله تعالى (هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا) والعبد داخل فى العموم ومن أهل التكليف والعبادات فيكون أهلا للملك ولذلك ملك فى النكاح . واذا ثبت الملك للجنين مع كونه نقطة لا حياة فيها باعتبار ما له الى الأدمية فالعبد الذى هو آدمى مكلف أولى

اذا ثبت هذا فلا يجوز له التبرى الا بإذن سيده ، ولو ملكه سيده جارية لم يبيع له وطؤها حتى يأذن له فيه ، لأن ملكه ناقص وليس له نزعها منه متى شاء من غير فسخ عقد ، فلم يكن له التصرف فيه الا بإذن سيده ، فإن أذن له فقال : تبرى بها أو أذنت لك فى وطئها أو ما دل عليه أبيع له ، وما ولد له من التبرى لحكمه حكم ملكه لان الجارية مملوكة له فكذلك ولدها ، وان تبرى بغير إذن سيده فالولد ملك سيده .

(فصل)

وله التبرى بما شاء اذا أذن له السيد فى ذلك ، نص عليه احمد لان من جاز له التبرى جاز من غير حصر كالحر ، فإن أذن له وأطلق التبرى تبرى بواحدة وكذلك اذا أذن له فى التزويج لم يحز ان يتزوج أكثر من واحدة ، وبهذا قال أصحاب الراى وأبو ثور ، واذا أذن له فى التزويج فعقد على اثنتين فى عقد جاز ولنا أن الأذن المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم بقينا وما زاد مشكوك فيه فيبقى على الأصل كالو أذن له فى طلاق امرأته لم يكن له ان يطلق أكثر من واحدة ، ولان الزائد على الواحدة يحتمل ان يكون غير مراد فيبقى على أصل التحريم كالو شك هل أذن له أو لا ؟

(فصل) والمكاتب كالعبد القن لا يتزوج ولا يتبرى الا بإذن سيده ، لان فى ذلك اتلافا للمال الذى فى يديه ، وقد قال عليه السلام : المكاتب عبد ما بقى عليه درهم ، وأما المعتق بعضه فاذا ملك بجزءه الحر جارية فملكه تام وله الوطء بغير إذن سيده ، لقوله سبحانه (أو ما ملكت أيمانكم) ولان ملكه عليها تام له التصرف فيها بما شاء بغير إذن سيده ، فكذلك الوطء وما فيه من الرق لا يمنع من

استيفاء ما يملكه كما له أن يتصرف ويأكل ما ملكه بنصفه الحر ، وقال القاضي : حكمه حكم القن وهو منصوص الشافعي ، وقال بعض أصحابه كقولنا ، واحتج من منع ذلك بأنه لا يمكنه الوطء بنصفه الحر وحده وكذلك منعناه التزويج حتى بأذن له سيده .

ولنا أنه لا حق لسيده فيها ولا يلحقه ضرر باستمتاعه منها فلم يعتبر إذنه فيها كاستخدامها ، وأما التزويج فإنه يلزمه به حقوق تتعلق بجملته فاعتبر رضى السيد ليكون راضيا بتعلق الحق بملكه بخلاف مسألتنا فإن الحق له لا عليه ، فأما إن أذن له سيده فيه جاز إلا عند من منع العبد التسرى لأنه كالقن في قولهم .
(فصل) نقل محمد بن ماهان عن أحمد لا بأس للعبد أن يتسرى إذا أذن له سيده فإن رجع السيد فليس له أن يرجع إذا أذن له مرة وتسرى ، وكذلك نقل عنه إبراهيم بن هاني ويعقوب بن بختان ولم أر عنه خلاف هذا ، فظاهر هذا أنه إذا تسرى بإذن السيد لم يملك السيد الرجوع لأنه يملك به البضع فلم يملك سيده فسخه قياسا على النكاح .

وقال القاضي : يحتمل أنه أراد بالتسرى ههنا التزويج ومما تسريا مجازا ويكون للسيد الرجوع فيما ملك عبده ، وظاهر كلام أحمد خلاف هذا ، وذلك لأنه ملكه بضعاً أبيح له وطؤه فلم يملك رجوعه فيه كما لو زوجه .

مسألة ، قال (ومتى طلق الحر أو العبد طلاقاً يملك الرجعة أو لا يملك لم يكن له أن يتزوج أختها حتى تنقضى عدتها وكذلك إذا طلق واحدة من أربع لم يتزوج حتى تنقضى عدتها وكذلك العبد إذا طلق إحدى زوجتيه)

وجملة ذلك : أن الرجل إذا تزوج امرأة حرمت عليه أمها على التأيد وتحرم عليه أختها وعمتها وخالتها وبنت أخيها وبنت أختها تحريم جمع ، وكذلك أن تزوج الحر أربعاً حرمت الخامسة تحريم جمع ، وإن تزوج العبد اثنتين حرمت الثالثة تحريم جمع فإذا طلق زوجته طلاقاً رجعياً فالتحريم باق بحاله في قولهم جميعاً ، وإن كان الطلاق بائناً أو فسخاً فكذلك عند إمامنا حتى تنقضى عدتها ، وروى ذلك عن علي وابن عباس وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد والنخعي والثوري .

وأصحاب الرأي ، وقال القاسم بن محمد وعروة وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وأبو ثور وأبو عبيد وابن المنذر : له نكاح جميع من سمينا في تحريم الجمع ، وروى ذلك عن زيد بن ثابت لأن المحرم الجمع بينهما في النكاح بدليل قوله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم) أي نكاحهن ثم قال (وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف) معطوفا عليه والباء ليست في نكاحه ، ولأنها بائن فأشبهت المطلقة قبل الدخول ، ولنا قول علي وابن عباس وروى عن عبيدة السلماني أنه قال : ما أجمعت الصحابة على شيء كإجماعهم على أربع قبل الظهر وأن لا تنكح امرأة في عدة اختها .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع مائه في رحم أختين ، وروى عن أبي الزناد قال : كان لوليد بن عبد الملك أربع نسوة فطلق واحدة البتة وتزوج قبل أن تحل فعاب ذلك عليه كثير من الفقهاء ، وليس كلهم طابه ، قال سعيد بن منصور إذا عاب عليه سعيد بن المسيب فأى شيء بقي ؟ ولأنها محبوسة عن النكاح لحقه ، أشبه ما لو كان الطلاق رجعيا ، ولأنها معدة في حقه أشبهت الرجعية وفارق المطلقة قبل الدخول بها .

(فصل) ولو أسلم زوج المجوسية أو الوثنية أو انفسخ النكاح بين الزوجين بخلع أو رضاع أو فسخ بغيب أو اعسار أو غيره لم يكن له أن يتزوج أحداً ممن يحرم الجمع بينه وبين زوجته حتى تنقضي عدتها سواء قلنا بتعجيل الفرقة أو لم نقل وإن أسلمت زوجته فتزوج اختها في عدتها ثم أسلمها في عدة الأولى اختار منها واحدة كما لو تزوجها معا ، وإن أسلم بعد انقضاء عدة الأولى بابت وثبت نكاح الثانية .

(فصل) إذا اعتق أم الولد أو أمة كان يصيبها فليس له أن يتزوج اختها حتى ينقضي استبرأؤها نص عليه أحمد في أم الولد ، وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز لأنها ليست زوجة ولا في عدة من نكاح .

ولنا أنها معدة منه فلم يجز له نكاح اختها كالمعددة من نكاح أو وطء بشبهة ولأنه لا يأمن أن يكون ماؤه في رحمها فيكون داخلا في عموم من جمع مائه

في رحم أختين ولا يمنع من نكاح أربع سواها ومنعه زفر وهو غلط لان ذلك جائز قبل اعتاقها فبعده أولى .

(فصل) ولا يمنع من نكاح أمة في عدة حرة باتن ومنعه ابو حنيفة كما يحرم عليه ان يتزوجها في صلب نكاحها .

ولنا انه عادم للطول خائف للعنت فايح له نكاحها لقوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية ، ولا نسلم انه لا يجوز في صلب نكاح الحرة بل يجوز اذا تحقق الشرطان .

(فصل) وان زنا بامرأة فليس له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وحكم العدة من الزنا والعدة من وطء الشبهة كحكم العدة من النكاح ، فإن زنا باخت امرأته ، فقال احمد : يمسك عن وطء امرأته حتى تحيض ثلاث حيض ، وقد ذكر عنه في المزني بها انها تستبرأ بحیضة لانه وطء من غير نكاح ولا احكامه احكام النكاح ، ويحتمل ان لا تحرم بذلك اختها ولا اربع سواها لانها ليست منكوحة بمجرد الوطء لا يمنع بدليل الوطء في ملك اليمين لا يمنع اربعاً سواها .

(فصل) واذا ادعى الزوج ان امرأته اخبرته بانقضاء عدتها في مدة يجوز انقضائها فيها وكذبه ابيع له نكاح اختها وأربع سواها في الظاهر ، فاما في الباطن فينبني على صدقه في ذلك لانه حق فيما بينه وبين الله تعالى فيقبل قوله فيه ولا يصدق في نفي نفقتها وسكنائها ونفي النسب لانه حق لها ولولدها فلا يقبل قوله فيه ، وبه قال الشافعي وغيره ، وقال زفر لا يصدق في شيء لانه قول واحد لا يصدق في بعض حكمه فلا يصدق في البعض الاخر قياسا لاحدهما على الاخر ، وذلك لانه لا يمكن ان يكون القول الواحد صدقا كذبا .

ولنا انه قول يتضمن ابطال حق لغيره وحقا له لا ضرر على غيره فيه فوجب ان يصدق في احدهما دون الاخر كما لو اشترى عبدا ثم اقر ان البائع كان اعتقه صدق في حريته ولم يصدق في الرجوع بثمنه وكما لو اقر ان امرأته اخته من الرضاع قبل الدخول صدق في بينوتها وتحريمها عليه ولم يصدق في سقوط مهرها .

مسألة ، قال (ومن خطب امرأة فزوج بغيرها لم ينعقد النكاح) معنى ذلك : ان يخطب الرجل امرأة بعينها فيجاب الى ذلك ثم يوجب له

النكاح في غيرها وهو يعتقد أنها التي خطبها فيقبل فلا ينعقد النكاح لأن القبول انصرف الى غير من وجد الإيجاب فيه فلم يصح كما لو ساومه بشوب وأوجب العقد في غيره بغير علم المشتري ، فلو علم الحال بعد ذلك فرضى لم يصح ، قال أحد في رجل خطب جارية فزوجوه أختها ثم علم بعد : بفرق بينها ويكون الصداق على وليها لأنه غره ويجهز اليه أختها التي خطبها بالصداق الأول فإن كانت تلك قد ولدت منه يلحق به الولد ، وقرله يجهز اليه أختها : يعني والله أعلم بعهده الجديد بعد انقضاء عدة هذه إن كان أصابها لأن العقد الذي عقده لم يصح في واحدة منها لأن الإيجاب صدر في أحدهما والقبول في أخرى فلم ينعقد في هذه ولا في تلك فإن اتفقوا على تجديد عقد في أحدهما أبتها كان جاز .

وقال أحد في رجل تزوج امرأة فادخلت عليه أختها لها المهر بما أصاب منها ولاختها المهر ، قيل يلزمه مهران ؟ قال نعم ويرجع على وليها . هذه مثل التي بها برص أو جذام . على يقول ليس عليه غرم وهذا ينبغي أن يكون في امرأة جاهلة بالحال أو بالتحريم ، أما إذا علمت أنها ليست زوجة وأنها محرمة عليه وأمكنته من نفسها فلا ينبغي أن يجب لها صداق لأنها زانية تطاوعه ، فأما إن جهلت الحال فلها المهر ويرجع به على من غره ، وروى عن علي رضي الله عنه في رجلين تزوجا امرأتين فزفت كل امرأة الى زوج الأخرى ، لهما الصداق ويعتزل كل واحد منهما امرأته حتى تنقضي عدتها ، وبه قال النخعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي .

(فصل)

من شرط صحة النكاح تعيين الزوجين لأن كل عاقد ومعقود عليه يجب تعيينها كالمشتري والمبيع ثم ينظر فإن كانت المرأة حاضرة فقال زوجتك هذه صح فإن الإشارة تكفي في التعيين ، فإن زاد على ذلك فقال بنتي هذه أو هذه فلانة كان تأكيداً ، وإن كانت غائبة فقال زوجتك بنتي وليس له سواها جاز ، فإن سماها باسمها مع ذلك كان تأكيداً فإن كان له ابنتان أو أكثر فقال زوجتك ابنتي لم يصح حتى يضم الى ذلك ما تتميز به من اسم أو صفة فيقول زوجتك ابنتي الكبرى أو الوسطى أو الصغرى ، فإن سماها مع ذلك كان تأكيداً ، وإن قال زوجتك ابنتي عائشة أو فاطمة صح ، وإن كانت له ابنة واحدة اسمها فاطمة فقال

زوجتك فاطمة لم يصح لأن هذا الاسم مشترك بينها وبين سائر العواطم حتى يقول مع ذلك ابنتي .

وقال بعض الشافعية : يصح إذا نويها جميعاً وليس بصحيح لأن النكاح تعتبر فيه الشهادة على وجه يمكن أداؤها إذا ثبت به العقد ، وهذا متعذر في النية فلذلك لو قال زوجتك ابنتي وله بنات لم يصح حتى يميزها بلفظه ، وإن قال زوجتك فاطمة ابنة فلان احتاج أن يرفع في نسبها حتى يبلغ ما تتميز به عن النساء .

(فصل) فإن كان له ابنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك ابنتي عائشة وقبل الزوج ذلك وهما بنويان الصغرى لم يصح : ذكره أبو حفص . وقال القاضى يصح في التي نويها وهذا غير صحيح لوجهين .

أحدهما : أنها لم يلفظا بما يصح العقد بالشهادة عليه فأشبه ما لو قال زوجتك عائشة فقط ، أو ما لو قال زوجتك ابنتي ولم يسمها ، وإذا لم يصح فيها إذا لم يسمها ففيها إذا سماها بغير اسمها أولى أن لا يصح .

والثاني . أنه لا يصح النكاح حتى تذكر المرأة بما تتميز به ولم يوجد ذلك فإن اسم أختها لا يميزها بل يصرف العقد عنها ، وإن كان الولي يريد الكبرى والزوج يقصد الصغرى لم يصح كسألة الخرقى فيها إذا خطب امرأة وزوج غيرها لأن القبول انصرف إلى غير من وجد الإيجاب فيه ، ويحتمل أن يصح إذا لم يتقدم ذلك ما يصرف القبول إلى الصغرى من خطبه ونحوها فإن العقد بلفظه متناول للكبرى ولم يوجد ما يصرفه عنها فصح كما لو نويها ، ولو نوى الولي الصغرى والزوج الكبرى أو نوى الولي الكبرى ولم يدر الزوج أبتها هي فعلى الأول لا يصح التزويج لعدم النية منها في التي يتناولها لفظهما ، وعلى الاحتمال الذي ذكرناه يصح في المعينه باللفظ لما ذكرناه .

(فصل)

فإن كان له ابنة واحدة فقال لرجل زوجتك ابنتي وسماها بغير اسمها فقال القاضى يصح ، وهو قول أصحاب الشافعى : لأن قوله بنتي أكد من التسميه لأنها لا مشاركة فيها والاسم مشترك ولو قال زوجتك هذه وأشار إليها وسماها بغير اسمها يجب أن يصح على هذا التعليل .

فصل

ولو قال زوجتك حمل هذه المرأة لم يصح لانه لم يثبت له حكم البنات قبل الظهور في غير الارث والوصية ولانه لم يتحقق أن في البطن بنتا فأشبهه ما لو قال زوجتك من في هذه الدار وهما لا يعلنان ما فيها ، ولو قال اذا ولدت امرأتى بنتا زوجكتها لم يصح لانه تعليق للنكاح على شرط والنكاح لا يتعلق على شرط ولان هذا مجرد وعد لا ينعقد به عقد .

«مسألة ، قال (واذا تزوجها وشرط لها أن لا يخرجها من دارها وبلدها فلها شرطها لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : أحق ما أوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج ، وان تزوجها وشرط لها أن لا يتزوج عليها فلها فراقه اذا تزوج عليها)

وجملة ذلك أن الشروط في النكاح تنقسم أقساما ثلاثة : أحدها : ما يلزم الوفاء به وهو ما يعود اليها نفعه وفائدته ، مثل أن يشترط لها أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أو لا يسافر بها أو لا يتزوج عليها ولا يتسرى عليها . فهذا يلزمه الوفاء لها به فإن لم يفعل فلها فسخ النكاح .

يروى هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمر بن العاص رضي الله عنهم ، وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد وطاوس والاوزاعي وإسحاق ، وأبطل هذه الشروط الزهري وقتاده وهشام ابن عروة ومالك والليث والثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي .

قال أبو حنيفة والشافعي : ويفسد المهر دون العقد ولها مهر المثل . واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط ، وهذا ليس في كتاب الله لان الشرع لا يقتضيه .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم « المسلمون على شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا ، وهذا يحرم الحلال وهو التزويج والتسرى والسفر . ولان هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ولم يبن على التغليب والسراية فكان قاسدا كما لو شرطت أن لا تسلم نفسها .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : ان أحق ماوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج ، رواه سعيد ، وفي رواية : ان أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج ، متفق عليه ، وأيضا قول النبي صلى الله عليه وسلم : المسلمون على شروطهم ، ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفا في عصرهم فكان إجماعا ، وروى الأثرم بإسناده : أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها فخاصموه الى عمر فقال : لها شرطها ، فقال الرجل اذا تطلقينا ، فقال عمر مقاطع الحقوق عند الشروط ، ولأنه شرط لها فيه منفعة ومقصود لا يمنع المقصود من النكاح فكان لازما كما لو شرطت عليه زيادة في المهر أو غير نقد البلد ، وقوله عليه السلام : كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، أى ليس في حكم الله وشرعه ، وهذا مشروع وقد ذكرنا ما دل على مشروعيته . على أن الخلاف في مشروعيته . وعلى من نفي ذلك الدليل ، وقولهم ان هذا يحرم الحلال .

قلنا : لا يحرم حلالا ، وإنما يثبت للمرأة خيار الفسخ ان لم يف لها به ، وقولهم ليس من مصلحته ، قلنا : لانسلم ذلك فإنه من مصلحة المرأة وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده كاشتراط الرهن والضمين في البيع ثم يبطل بالزيادة على مهر المثل وشرط غير نقد البلد .

إذا ثبت أنه شرط لازم فلم يف لها به فلها الفسخ ولهذا قال الذي قضى عليه عمر بلزوم الشرط : إذا تطلقينا ، فلم يلتفت عمر الى ذلك وقال : مقاطع الحقوق عند الشروط ، ولأنه شرط لازم في عقد فيثبت حق الفسخ بترك الوفاء به كالرهن والضمين في البيع .

(فصل) فان شرطت عليه أن يطلق ضررتها لم يصح الشرط لما روى أبو هريرة قال : نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن تشتري المرأة طلاق أختها ، وفي لفظ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا نسأل المرأة طلاق أختها لتسكح ، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ولأنها شرطت عليه فسخ عقده وإبطال حقه وحق امرأته فلم يصح كما لو شرطت عليه فسخ بيعه .

وقال أبو الخطاب : هو شرط لازم لأنه لا ينافي بالعقد ولها فيه فائدة ، فاشبه

ما لو شرطت عليه أن لا يتزوج عليها ولم أر هذا لغيره ، وقد ذكرنا ما يدل على فساد ، وعلى قياس هذا لو شرطت عليه بيع أمته

القسم الثاني : ما يبطئ الشرط ويصح العقد مثل أن يشترط أن لا مهر لها أو أن لا تنفق عليها أو أن أصدقها رجع عليها ، أو تشترط عليه أن لا يطأها أو يعزل عنها أو يقسم لها أقل من قسم صاحبها أو أكثر أو لا يكون عندها في الجمعة إلا ليلة أو شرط لها النهار دون الليل أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئا ، فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها لأنها تنافي مقتضى العقد ، ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم يصح كما لو أسقط الشفيع شفيعه قبل البيع ، فأما العقد في نفسه فصحيح لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطل كما لو شرط في العقد صداقا محرما ، ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض لجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد كالعتاق ، فقد نص أحمد في رجل تزوج امرأة وشرط عليها أن يبيت عندها في كل جمعة ليلة ثم رجعت وقالت لا أرضى إلا ليلة وليلة فقال : لها أن تنزل بطيب نفس منها فإن ذلك جائز . وإن قالت لا أرضى إلا بالمقاسمة كان ذلك حقا لها تطالبه إن شئت .

ونقل عنه الأثر في الرجل يتزوج المرأة ويشترط عليها أن يأتيا في الأيام يجوز الشرط فإن شئت رجعت ، وقال في الرجل يتزوج المرأة على أن تنفق عليه في كل شهر خمسة دراهم أو عشرة دراهم : النكاح جائز ولها أن ترجع في هذا الشرط وقد نقل عن أحمد كلام في بعض هذه الشروط يحتمل إبطال العقد . نقل عنه المروذي في النهاريات والليليات : ليس هذا من نكاح أهل الإسلام ، ومن كره تزويج النهاريات حماد بن أبي سليمان وابن شبرمة .

وقال الثوري : الشرط باطل ، وقال أصحاب الرأي : إذا سأله أن يعدل لها عدل ، وكان الحسن وعطاء لا يريان بنكاح النهاريات بأسا ، وكان الحسن لا يرى بأسا أن يتزوجها على أن يجعل لها في الشهر أياما معلومة ، ولعل كراهة من كره ذلك راجع إلى إبطال الشرط . وإجازة من أجازته راجع إلى أصل النكاح فتكون أقوالهم متفقة على صحة النكاح وإبطال الشرط كما قلنا والله أعلم .

وقال القاضي : إنما كره أحد هذا النكاح لأنه يقع على وجه السر ونكاح السر منهي عنه فإن شرط عليه ترك الوطء . احتمل أن يفسد العقد لأنه شرط يتنافى المقصود من النكاح ، وهذا مذهب الشافعي ، وكذلك أن شرط عليه أن لا تسلم إليه فهو بمنزلة ما لو اشترى شيئاً على أن لا يقبضه ، وإن شرط عليها أن لا يطاها لم يفسد لأن الوطء حقه عليها وهي لا تملكه عليه ، ويحتمل أن يفسد لأن لها فيه حقاً ولذلك تملك مطالبته به إذا آلى والفسخ إذا تعذر بالجلب والعنة .

القسم الثالث : ما يبطل النكاح من أصله مثل أن يشترطاً تأقيت النكاح وهو نكاح المتعة أو أن يطلقها في وقت بعينه أو يعلقه على شرط مثل أن يقول زوجتك إن رضيت أمها أو فلان أو يشترط الخيار في النكاح لهما أو لأحدهما فهذه شروط باطلة في نفسها ويبطل بها النكاح وكذلك أن جعل صداقها تزويج امرأة أخرى وهو نكاح الشغار . ونذكر ذلك في مواضعه إن شاء الله تعالى

وذكر أبو الخطاب فيما إذا شرط الخيار أن رضيت أمها أو أن جاءها بالمهر في وقت كذا والا فلا نكاح بينهما روايتين ، أحدهما : النكاح الصحيح والشرط باطل ، وبه قال أبو ثور فيما إذا شرط الخيار ، وحكاه عن أبي حنيفة ، وزعم أنه لا خلاف فيها ، وقال ابن المنذر ، قال أحمد واسحاق : إذا تزوجها على أنه إن جاء بالمهر في وقت كذا وكذا ، والا فلا نكاح بينهما الشرط باطل والعقد جائز ، وهو قول عطاء والثوري وأبي حنيفة والأوزاعي ، وروى ذلك عن الزهري ، وروى ابن منصور عن أحمد في هذا أن العقد والشرط جائزان ، لقوله صلى الله عليه وسلم : المسلمون على شروطهم .

والرواية الأخرى : يبطل العقد من أصله في هذا كله ، لأن النكاح لا يكون إلا لازماً ، وهذا يوجب جوازه ، ولأنه إذا قال : إن رضيت أمها ، أو إن جئتني في وقت كذا ، فقد وقف النكاح على شرط ، ولا يجوز وقفه على شرط ، وهذا قول الشافعي ونحوه عن مالك وأبي عبيد :

(فصل) وإن شرط الخيار في الصداق خاصة لم يفسد النكاح ، لأن النكاح يفرد عن ذكر الصداق ، ولو كان الصداق حراماً أو فاسداً لم يفسد النكاح ،

فلأن لا يفسد بشرط الخيار فيه أولى ، ويخالف البيع فإنه إذا فسد أحد العوضين فيه ، فسد الآخر ، فإذا ثبت هذا ففي الصداق ثلاثة أوجه :

أحدها : يصح الصداق ويطل شرط الخيار ، كما يفسد الشرط في النكاح ، ويصح النكاح ، والثاني : يصح ويثبت الخيار فيه لأن عقد الصداق عقد منفرد يجري مجرى الأمان ، فثبت فيه الخيار كالياسات .

والثالث : يطل الصداق لأنها لم ترض به ، فلم يلزمها ، كما لو لم يوافق على شيء .

مسألة ، قال (ومن أراد أن يتزوج امرأة فله أن ينظر إليها من غير أن يخلو بها)

لأنهم بين أهل العلم خلافا في إباحة النظر إلى المرأة لمن أراد نكاحها ، وقد روى جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا خطب أحدكم المرأة ، فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل ، قال : فخطبت امرأة فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها ، رواه أبو داود ، وفي هذا أحاديث كثيرة سوى هذا ؛ ولأن النكاح عقد يقتضي التملك ، فكان للعائد النظر إلى المفقود عليه ، كالنظر إلى الأمة المستامة ، ولا بأس بالنظر إليها ياذنها وغير اذنها لأن النبي (ص) أمرنا بالنظر وأطلق :

وفي حديث جابر : فكنت أتخبأ لها ، وفي حديث عن المغيرة بن شعبه : أنه استأذن أبويها في النظر إليها فكرهاه فأذنت له المرأة ، رواه سعيد ، ولا يجوز له الخلوة بها لأنها محرمة ، ولم يرد الشرع بغير النظر فبقيت على التحريم ، ولأنه لا يؤمن مع الخلوة موافقة المحذور ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يخلون رجل بامرأة ، فإن ثالثهما الشيطان ، ولا ينظر إليها نظرة تلذذ وشهوة ولا لريبة ، قال أحمد في رواية صالح : ينظر إلى الوجه ولا يكون عن طريق لذة ، وله أن يردد النظر إليها ويتأمل محاسنها ، لأن المقصود لا يحصل إلا بذلك .

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة النظر إلى وجهها ، وذلك لأنه ليس بعورة ، وهو مجمع المحاسن وموضع النظر ولا يباح له النظر إلى ما لا يظهر عادة ، وحكى عن الأوزاعي أنه ينظر إلى مواضع اللحم ، وعن داود أنه ينظر إلى جميعها ، لظهور قوله عليه السلام : أنظر إليها . ٢ - ٧ . المغني

ولنا قول الله تعالى (ولا يدين زينتهم إلا ما ظهر منها) وروى عن ابن عباس أنه قال : الوجه وبطن الكف ، ولأن النظر محرم أبيح للحاجة فيه - تنص بما تدعو الحاجة إليه وهو ما ذكرنا ، والحديث مطلق ، ومن ينظر الى وجه إنسان سمى ناظراً إليه ، ومن رآه وعليه أثوابه سمى رائياً له ، كما قال الله تعالى (وإذا رأيتم تعجبك أجسامهم) (وإذا رأيك الذين كفروا) فأما ما يظهر غالباً سوى الوجه كالكفين والقدمين ونحو ذلك مما تظهره المرأة في منزلها ، ففيه روايتان :

أحدهما : لا يباح النظر إليه لأنه عورة ، فلم يبح النظر إليه كالذي لا يظهر ، فإن عبد الله روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : المرأة عورة ، حديث حسن ، ولأن الحاجة تندفع بالنظر الى الوجه فبقي ما عداه على التحريم .

والثانية : له النظر الى ذلك ، قال أحمد في رواية حنبل : لا بأس ان ينظر اليها والى ما يدعوه الى نكاحها من يد او جسم ونحو ذلك ، قال ابو بكر : لا بأس ان ينظر اليها عند الخطبة حاسرة . .

وقال الشافعي : ينظر الى الوجه والكفين ، ووجه جواز النظر الى ما يظهر غالباً ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اذن في النظر اليها من غير علمها ، علم انه اذن في النظر الى جميع ما يظهر عادة ، اذ لا يمكن افراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له في الظهور ، ولانه يظهر غالباً ، فأبيح النظر إليه كالوجه ، ولانها امرأة أبيح له النظر اليها بأمر الشارع ، فأبيح النظر منها الى ذلك ، كذوات المحارم .

وقد روى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن ابي جعفر ، قال : خطب عمر بن الخطاب ابنة علي ، فذكر منها صغراً ، فقالوا له : انما ردك ، فعاوده ، فقال نرسل بها اليك تنظر اليها ، فرضيها : فكشف عن ساقها ، فقالت : ارسل ، لولا انك امير المؤمنين للطمت عينك ،

(فصل) ويجوز للرجل ان ينظر من ذوات محارمه الى ما يظهر غالباً كالرقبة والرأس والكفين والقدمين ونحو ذلك ، وليس له النظر الى ما يستتر غالباً كالصدر والظهر ونحوهما .

قال الاثرم : سألت ابا عبد الله عن الرجل ينظر الى شعر امرأة ابيه او امرأة ابنه ، فقال : هذا في القرآن (ولا يدين زينتهم) الا لكذا وكذا ، قلت : ينظر

إلى ساق امرأة أبيه وصدرها ؛ قال : لا يعجبني ، ثم قال : أنا أكره أن ينظر من أمه وأخته إلى مثل هذا وإلى كل شيء شهوة ، وذكر القاضي أن حكم الرجل مع ذوات محارمه حكم الرجل مع المرأة ، والمرأة مع المرأة .

وقال أبو بكر : كراهية أحد النظر إلى ساق أمه وصدرها على التوقي ، لأن ذلك يدعو إلى الشهوة ، يعني أنه يكره ولا يحرم ، ومنع الحسن والشعبي والضحاك النظر إلى شعر ذوات المحارم ، فروى عن هند ابنة المهلب قالت : قلت للحسن : ينظر الرجل إلى قرط أخته وإلى عنقها ؟ قال : لا ، ولا كرامة . وقال الضحاك : لو دخلت على أمي لقلت : أيتها العجوز ، غطى شعرك والصحيح أنه يباح النظر إلى ما يظهر غالباً ، لقول الله تعالى (ولا يبدن زينتهن إلا لبعواتهن) الآية ، وقالت سهلة بنت سهيل : يا رسول الله : إنا كنا نرى سألماً ولداً ، وكان يأوى معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ، ويراني فضلاً وقد أنزل فيهم ما علمت ، فكيف ترى فيه ؟ فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم : أرضعيه ، فأرضعته خمس رضعات ، فكان بمنزلة ولدها ، رواه أبو داود وغيره ، وهذا دليل على أنه كان ينظر منها إلى ما يظهر غالباً فإنها قالت : يراني فضلاً ، ومعناه في ثياب البذلة التي لا تستر أطرافها .

وقال امرؤ القيس :

فجئت وقد نصت لنوم ثيابها ولم يبق إلا لبسة المتفضل

ومثل هذا يظهر منه الأطراف والشعر ، فكان يراها كذلك إذا اعتقدته ولداً ثم دلهم النبي صلى الله عليه وسلم على ما يستدعون به ما كانوا يعتقدونه ويفعلونه . وروى الشافعي في مسنده عن زينب بنت أبي سلة : أنها ارتضعت من أسماء امرأة الزبير : قالت : فكنت أراه أبا ، وكان يدخل على وأنا أمشط رأسي فيأخذ ببعض قرون رأسي ويقول : اقبلي علي ، ولأن التحرز من هذا لا يمكن ، فأباح كالوجه ، وما لا يظهر غالباً لا يباح لأن الحاجة لا تدعو إلى نظره ، ولا تؤمن معه الشهوة ومواقعة المحذور ، فحرم النظر إليه كما تحت السرة .

(فصل) وذوات محارمه كل من حرم عليه فكاحها على التأيد بنسب أو رضاع أو تحريم المصاهرة بسبب مباح لما ذكرنا من حديث سالم وزينب ، وعن عائشة

أن أفلح أخا أبي القعيس استأذن عليها بعد ما أنزل الحجاب ، فابت أن تأذن له فقال النبي صلى الله عليه وسلم : ائذني له فإنه عمك تربت يمينك ، وقد ذكر الله تعالى آباء بعولتهن وأبناء بعولتهن كما ذكر آباءهن وأبنائهن في إبداء الزينة لهم ، وتوقف أحد عن النظر إلى شعر أم امرأته وبناتها ، لأنها غير مذكورتين في الآية ، قال القاضي : إنما حكى قول سعيد بن جبيرة ولم يأخذ به ، وقد صرح في رواية المروزي : أنه محرم يجوز له المسافرة بها ، وقال في رواية أبي طالب : ساعة يعقد عقدة النكاح تحرم عليه أم امرأته ، فله أن يرى شعرها ومحاسنها ليست مثل التي يرمى بها لا يحل له أبدا أن ينظر إلى شعرها ولا إلى شيء من جسدها وهي حرام عليه .

(فصل)

فأما أم المزني بها وابنتها ، فلا يحل له النظر إليهن ، وإن حرم نكاحهن لأن تحريمهن بسبب محرم فلم يقد إباحة النظر كالمحرمة باللعان ؛ وكذلك بنت الموطوءة بشبهة وأما ليست من ذوات محارمه ، وكذلك الكافر ليس بمحرم لقربته المسئلة ، قال أحمد في يهودى أو نصرانى أسلمت بنته لا يسافر بها ليس هو محرما لها ، ولا ظاهر أنه أراد ليس محرما لها في السفر ، أما النظر فلا يجب عليها الحجاب منه ، لأن أبا سفيان أتى المدينة وهو مشرك ، فدخل على ابنته أم حبيبة فطوت فراش رسول الله صلى الله عليه وسلم لئلا يجلس عليه ولم تحتجب منه ، ولا أمرها بذلك النبي صلى الله عليه وسلم .

(فصل) وعبد المرأة له النظر إلى وجهها وكفيها لقول الله تعالى (أو ما ملكت أيمانهم) وروى أم سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إذا كان لأحدكم مكاتب فلك ما يؤدي فلتحجب منه ، وقال الترمذى هذا حديث حسن صحيح ، وعن أبي قلابة قال : كان أزواج النبي صلى الله عليه وسلم لا يحتجبن من مكاتب ما بقى عليه دينار ، ورواه سعيد في سننه .

وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم ، أتى فاطمة بعبد قد وهبه لها وعلى فاطمة ثوب اذا قمعت به رأسها لم يبلغ رجلها واذا غطت به رجلها لم يبلغ رأسها فلما رأى رسول الله (ص) ما تلقى قال : انه ليس عليك بأس إنما هو أبوك وغلأمك ، رواه أبو داود . وكره أبو عبد الله له أن ينظر إلى شعر مولاته وهو قول

يسعید بن المسیب وطاوس ومجاهد والحسين وأباح له ذلك ابن عباس لما ذكرنا من الآيتين والحديثين ، ولأن الله تعالى قال (ليسأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات - إلى قوله - ليس عليكم ولا عليهم جناح) ولأنه يشق التحرز منه فأبيح له ذلك كذوى المحارم ، وقال أصحاب الشافعي هو محرم حكمه حكم المحارم من الأقارب في أحد الوجهين لما ذكرنا من الدليل ، ولأنه محرم عليها فكان محرما كالأقارب .

ولنا ما روى ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : سفر المرأة مع عبد لها خبيعة ، رواه سعيد ، ولأنها لا تحرم عليه على التأييد ولا يحل له استمتاعها فلم يكن محرما كزوج أختها ، ولأنه غير مأمون عليها إذ ليست بينها نفرة المحرمة والمالك لا يقتضي النفرة الطبيعية بدليل السيد مع أمته وإنما أبيح له من النظر ما تدعو الحاجة إليه كالشاهد والمبتاع ونحوهما وجعله بعض أصحابنا كالأجنبي لما ذكرناه ، والصحيح ما قلنا إن شاء الله تعالى .

(فصل) فأما الغلام فما دام طفلا غير مميز لا يجب الاستئثار منه في شيء ، وإن عقل فقيه روايتان .

أحدهما : حكمه حكم ذى المحرم في النظر ، الثانية : له النظر إلى ما فوق السرة وتحت الركبة لأن الله تعالى قال . ليسأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم - إلى قوله - ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهم طوافون عليكم بعضكم على بعض - إلى قوله - وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم) فدل على التفريق بين البالغ وغيره ، وقال أبو عبد الله : أبو طيبة جهم نساء النبي صلى الله عليه وسلم وهو غلام ، ووجه الرواية الأولى : قوله (أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء) وقيل لأبي عبد الله متى تغطى المرأة رأسها من الغلام ؟ قال إذا بلغ عشر سنين .

(فصل) ومباح لكل واحد من الزوجين النظر إلى جميع بدن صاحبه ولمسه حتى الفرج لما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال : قلت يا رسول الله عوراتنا ما نأبئ منها وما نذر ؟ فقال لي : احفظ عورتك إلا من زوجتك أو ما ملكت يمينك ، رواه الترمذي وقال حديث حسن ، ولأن الفرج يحل له الاستمتاع به لحاز

النظر إليه ولمسه كبقية البدن : ويكره النظر إلى الفرج فإن عاتشة رضى الله عنها قالت : ما رأيت فرج رسول الله صلى الله عليه وسلم قط ، رواه ابن ماجه ، وفي لفظ قالت : ما رأيت من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا رأيت مني ، وقال أحمد في رواية جعفر بن محمد في المرأة تقعد بين يدي زوجها وفي يديها مكشوفة في ثياب رفاق لا بأس به ، قلت تخرج من الدار إلى بيت مكشوفة الرأس وليس في الدار إلا هي وزوجها فرخص في ذلك .

(فصل)

ويباح للسيد النظر إلى جميع بدن أمته حتى فرجها لما ذكرنا في الزوجين وسواء في ذلك سرية وغيرها لأنه مباح له الاستمتاع من جميع بدنهما فأباح له النظر إليه ، فإن زوج أمته حرم عليه الاستمتاع والنظر منها إلى ما بين السرة والركبة لأن عمرو بن شعيب روى عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا زوج أحدكم خادمه عبده أو أجيده فلا ينظر إلى ما دون السرة وفوق الركبة فإنه عورة ، رواه أبو داود ومفهومه إباحة النظر إلى ما عداه ، وأما تحريم الاستمتاع بها فلا شك فيه ولا اختلاف فإنها قد صارت مباحة للزوج ، ولا تحل امرأة لرجلين فإن وطئها لزمه الأثم والتعزير وإن ولدت فقال أحمد لا يلحقه الولد لأنها فراش لغيره فلا يلحقه ولدها كالأجنبية .

(فصل فيمن يباح له النظر من الأجانب ويباح للطبيب النظر إلى ما تدعو إليه الحاجة من بدن من العورة وغيرها فإنه موضع حاجة وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حكم سعدا في بني قريظة كان يكشف عن مؤترمه ، وعن عثمان : أنه أتى بغلام قد سرق فقال : انظروا إلى مؤتره فلم يجدوه أثبت الشعر فلم يقطعه ، والشاهد النظر إلى وجه المشهود عليها لتكوين الشهادة واقعة على عينها ، قال أحمد لا يشهد على امرأة إلا أن يكون قد عرفها بعينها وإن عامل امرأة في بيع أو اجارة فله النظر إلى وجهها ليعلمها بعينها فيرجع عليها بالدرك وقد روى عن أحمد كراهة ذلك في حق الشابة دون العجوز ولعله كرهه لمن يخاف الفتنة أو يستغنى عن المعاملة فأما مع الحاجة وعدم الشهوة فلا بأس .

(فصل) فأما النظر الرجل إلى الأجنبية من غير سبب فإنه محرم إلى جميعها في

ظاهر كلام أحمد ، قال أحد لا يأكل مع مطلقته ، هو أجنبي لا يحل له أن ينظر إليها ، كيف يأكل معها ينظر الى كفها ؟ لا يحل له ذلك ، وقال القاضي يحرم عليه النظر الى ما عدا الوجه والكفين لانه عورة ، ويباح له النظر اليها مع الكراهة اذا أمن الفتنة ونظر لغير شهوة ، وهذا مذهب الشافعي لقول الله تعالى (ولا يبدن زينتهن الا ما ظهر منها) قال ابن عباس « الوجه والكفين » وروى عائشة « أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثياب رقاق فأعرض عنها ، وقال : يا أسماء ان المرأة اذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها الا هذا وهذا » وأشار الى وجهه وكفيه ، رواه أبو بكر وغيره ، ولانه ليس بعورة فلم يحرم النظر اليه بغير رية كوجه الرجل .

ولنا قول الله تعالى (واذا سألتموهن متاعا فاسألوهن من وراء حجاب) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا كان لإحداهن مكاتب فملك ما يؤدي فلتحتجب منه » وعن أم سلمة قالت « كنت قاعدة عند النبي صلى الله عليه وسلم أنا وحفصة فاستأذن ابن أم مكتوم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : احتجبين منه » رواه أبو داود و « كان الفضل بن عباس رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاءته الخشمية تستفتيه فجعل الفضل ينظر اليها وتنظر اليه ، فصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم وجهه عنها » وعن جرير بن عبد الله قال « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نظر الفجاءة ؟ فأمرني ان اصرف بصرى » حديث صحيح ، وعن علي رضي الله عنه قال : قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تتبع النظرة النظرة فانما لك الاولى وليست لك الاخرة » رواها أبو داود ، وفي اباحة النظر الى المرأة اذا اراد تزويجها دليل على التحريم عند عدم ذلك ، اذ لو كان مباحا على الإطلاق فما وجه التخصيص لهذه ؟ وأما حديث أسماء - ان صح - فيحتمل انه كان قبل نزول الحجاب فنحمله عليه .

(فصل) والعجوز التي لا يشتبه مثلها لا بأس بالنظر منها الى ما ينظر غالباً لقول الله تعالى (والقواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً) الآية ، قال ابن عباس في قوله تعالى (قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم) وقل للمؤمنات يغضضن

من أبصارهن) الآية . قال ففسخ واستثنى من ذلك القواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً الآية . وفي معنى ذلك الشوهاء التي لا تشتهى .

(فصل) والامة يباح النظر منها الى ما يظهر غالباً كالوجه والرأس واليدين والساقين ، لان عمر رضى الله عنه رأى امرأة متلثمة فضر بها بالدرة وقال : يا لكاع تشبهين بالحرائر . .

وروى أبو حفص بإسناده أن عمر كان لا يدع أمة تقنع في خلافته وقال : إنما القناع للحرائر ، ولو كان نظر ذلك منها محرماً لم يمنع من ستره بل أمر به ، وقد روى أنس : أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أخذ صفية قال الناس : لا ندرى أجعلها أم المؤمنين أم أم ولد ؟ فقالوا إن حجبتها فهي أم المؤمنين وإن لم يحجبها فهي أم ولد فلما ركب وطأ لها خلفه ومد الحجاب بينه وبين الناس ، متفق عليه .

وهذا دليل على أن عدم حجب الإماء كان مستفيضاً بينهم مشهوراً وأن الحجب لغيرهن كان معلوماً ، وقال أصحاب الشافعي : يباح النظر منها الى ما ليس بعورة وهو ما فوق السرة وتحت الركبة : وسوى بعض أصحابنا بين الحرمة والامة لقوله تعالى (ولا يدين زينتهن) الآية ، ولأن العلة في تحريم النظر الخوف من الفتنة والفتنة المخوفة تستوى فيها الحرمة والامة ، فان الحرمة حكم لا يؤثر في الأمر الطبيعي وقد ذكرنا ما يدل على التخصيص ويوجب الفرق بينهما ، وإن لم يفرقا فيما ذكرناه افرقا في الحرمة وفي مشقة السر ، لكن ان كانت الامة جميلة يخاف الفتنة بها حرم النظر اليها كما يحرم النظر الى الغلام الذي نخشى الفتنة بالنظر اليه .

قال أحمد في الامة إذا كانت جميلة تنتقب ولا ينظر الى المملوكة ، كم من نظرة ألقت في قلب صاحبها البلائل .

(فصل) فأما الطفلة التي لا تصلح للنكاح فلا بأس بالنظر اليها ، قال أحمد في رواية الأثرم في رجل يأخذ الصغيرة فيضعها في حجره ويقبلها ، فإن كان يجد شهوة فلا ، وإن كان لغير شهوة فلا بأس ، وقد روى أبو بكر بإسناده عن عمر بن حفص المدني : أن الزبير بن العوام أرسل بابتة له الى عمر بن الخطاب مع مولاة له فأخذها عمر بيده وقال ابنة أبي عبد الله ؟ فتحركت الاجراس من رجلها فأخذها عمر فقطعها وقال : قال رسول الله (ص) : مع كل جرس شيطان . .

غاما إذا بلغت حداً يصلح معه للشكاح كإبنة نسع فإن عورتها مخالفة لعورة البالغة ، بدليل قوله عليه السلام ، لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار ، فدل على صحة الصلاة من لم تحض مكشوفة الرأس فيحتمل أن يكون حكمها حكم ذوات المحارم : كقولنا في الغلام المراهق مع النساء .

وقد روى أبو بكر عن ابن جريج قال : قالت عائشة ، دخلت على ابنة أخي مريضة فدخل على النبي صلى الله عليه وسلم فأعرض ، فقلت يا رسول الله إنها ابنة أخي وجارية ، فقال إذا عركت المرأة لم يجز لها أن تظهر إلا وجهها والا ما دون هذا ، وقبض على ذراع نفسه فترك بين قبضته وبين الكف مثل قبضة أخرى أو نحوها ، وذكر حديث أسماء ، إذا بلغت الحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا ، وأشار إلى وجهه وكفيه ، واحتج أحمد بهذا الحديث ، وتخصيص الحائض بهذا التحديد دليل على إباحة أكثر من ذلك في حق غيرها .

(فصل)

ومن ذهب شهوته من الرجال لكبر أو عنة أو مرض لا يرجى برؤه ، والخصي والشيخ والمخنث الذي لا شهوة له لحكمه حكم ذوى المحرم في النظر لقول الله تعالى (أو التابعين غير أولى الإربة : أى غير أولى الحاجة الى النساء ، وقال ابن عباس : هو الذى لا تستحي منه النساء ، وعنه : هو المخنث الذى لا يقوم زبه وعن مجاهد وقتادة الذى لا ارب له فى النساء ، فان كان المخنث ذا شهوة ويعرف امر النساء لحكمه حكم غيره : لأن عائشة قالت ، دخل على ازواج النبي صلى الله عليه وسلم مخنث ، فكانوا يعدونه من غير أولى الإربة من الرجال ، فدخل علينا النبي صلى الله عليه وسلم وهو ينعت امرأة أنها إذا أقبلت أقبلت بأربع ، وإذا أدبرت أدبرت بثمان ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : ألا أرى هذا يعلم ما همنا لا يدخلن عليكم هذا لحجبه ، رواه أبو داود وغيره .

قال ابن عبد البر : ليس المخنث الذى تعرف فيه الفاحشة خاصة وإنما التخنيث بشدة التأنيث فى الخلقة حتى يشبه المرأة فى اللين والكلام والنظر والنعمة والعقل فإذا كان كذلك لم يكن له فى النساء ارب وكان لا يفتن لأموار النساء وهو من

غير أولى الأربة الذين أبيع لهم الدخول على النساء ، ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يمنع ذلك المخت من الدخول على نسائه ، فلما سمعه يصف ابنة غيلان وفهم أمر النساء أمر بحجبه ؟

(فصل) فأما الرجل مع الرجل فلكل واحد منهما النظر من صاحبه إلى ما ليس بعورة ، وفي حدها روايتان : إحداهما ما بين السرة والركبة ، والأخرى الفرجان وقد ذكرناهما في كتاب الصلاة ، ولا فرق بين الأمر وذى اللحية ، إلا أن الأمر إن كان جميلا يخاف الفتنة بالنظر إليه لم يجز تعمد النظر إليه . وقد روى عن الشعبي قال : قدم وفد عبد القيس على النبي صلى الله عليه وسلم وفيهم غلام أمرد ظاهر الوضأة فأجلسه النبي (ص) وراء ظهره ، رواه أبو حفص

قال المروزي ، سمعت أبا بكر الأعمش يقول : قدم علينا انسان من خراسان صديق لأبي عبد الله ومعه غلام ابن أخت له وكان جميلا فمضى إلى أبي عبد الله فحدثه فلما قنا خلا بالرجل وقال له من هذا الغلام منك ؟ قال ابن أختي . قال إذا جئتني لا يكون معك ، والذي أرى لك أن لا يمشى معك في طريق ، فأما الغلام الذي لم يبلغ تسعا فلا عورة له يحرم النظر إليها ، وقد روى عن ابن أبي ليلى عن أبيه قال : كنا جلوسا عند النبي (ص) قال لحاء الحسن لجعل يتمرع عليه فوق مقدم قبضه أراه قال فقبل زيبته . رواه أبو حفص

(فصل)

وحكم المرأة مع المرأة حكم الرجل مع الرجل سواء : ولا فرق بين المسلمتين وبين المسلمة والذمية ، كما لا فرق بين الرجلين المسلمين وبين المسلم والذمي في النظر قال أحمد : ذهب بعض الناس إلى أنها لا تضع خمارها عند اليهودية والنصرانية . وأما أنا فإذهب إلى أنها لا تنظر إلى الفرج ولا تقبلها حين تلد

وعن أحمد رواية أخرى : أن المسلمة لا تكشف قناعها عند الذمية ولا تدخل معها الحمام ، وهو قول مكحول وسليمان بن موسى لقوله تعالى (أو نساكن) والاول أولى لأن النساء الكوافر من اليهوديات وغيرهن قد كن يدخلن على نساء النبي

صلى الله عليه وسلم فلم يكن محتجبن ولا أمرن بحجاب . وقد قالت عائشة : جاءت يهودية تسألها فقالت : أعاذك الله من عذاب القبر ، فسألت عائشة رسول الله صلى الله عليه وسلم . وذكر الحديث .

وقالت أسماء : قدمت على أمي وهي راغبة . يعني عن الاسلام . فسألت رسول الله (ص) أصلها ؟ قال نعم ، ولأن الحجب بين الرجال والنساء لمعنى لا يوجد بين المسلمة والذمية فوجب أن لا يثبت الحجب بينهما كالمسلم مع الذمي ولأن الحجاب إنما يجب بنص أو قياس ولم يوجد واحد منهما . فأما قوله (أو نسائهن) فيحتمل أن يكون المراد جملة النساء .

(فصل)

فأما نظر المرأة الى الرجل ففيه روايتان ، إحداهما . لها النظر الى ما ليس بعورة ، والآخرى لا يجوز لها النظر من الرجل إلا الى مثل ما ينظر اليه منها ، اختاره أبو بكر وهذا أحد قولى الشافعى ، لما روى الزهرى عن نيهان عن أم سلبية قالت : كنت قاعدة عند النبي (ص) أنا وحفصة فاستأذن ابن أم مكتوم فقال النبي (ص) احتجبن منه ، فقلت يا رسول الله انه ضرير لا يبصر . قال أفعمباوان أتيا لا تبصرانه ، رواه أبو داود وغيره ، ولأن الله تعالى أمر النساء بغض أبصارهن كما أمر الرجال به ، ولأن النساء أحد نوعى الأدميين لحرم عليهن النظر الى النوع الآخر قياسا على الرجال ، يحققه ان المعنى المحرم للنظر خوف الفتنة ، وهذا فى المرأة أبلغ فإنها أشد شهوة وأقل عقلا فتسارع الفتنة اليها أكثر ولنا قول النبي (ص) لفاطمة بنت قيس : اعتدى فى بيت ابن أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضغين ثيابك فلا يراك ، متفق عليه ، وقالت عائشة : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يستترنى بردائه وأنا أنظر الى الحبشة يلعبون فى المسجد ، متفق عليه ، ويوم فرغ النبي (ص) من خطبة العيد مضى الى النساء فذكرهن ومعه بلال فأمرهن بالصدقة ، ولأنهن لو منعن النظر لوجب على الرجال الحجاب كما وجب على النساء لئلا ينظرن إليهم .

فأما حديث نيهان فقال أحمد : نيهان روى حديثين عجيبين . يعنى هذا الحديث

وحديث : إذا كان لإحداكن مكاتب فلتحتجب منه ، وكأنه أشار إلى ضعف حديثه إذ لم يرو الا حذيثين الحديثين المخالفين للأصول .

وقال ابن عبد البر : نهان مجهول لا يعرف الا برواية الزهرى عنه هذا الحديث وحديث فاطمة صحيح ، فالجبة به لازمة ، ثم يحتمل أن حديث نهان خاص لازواج النبي صلى الله عليه وسلم كذلك قال أحمد وأبو داود ، قال الاثرم قلت لأبي عبد الله كان حديث نهان لازواج النبي صلى الله عليه وسلم خاصة ، وحديث فاطمة لساير الناس ؟ قال نعم . وان قدر التعارض فتقديم الأحاديث الصحيح أولى من الأخذ بحديث مفرد في إسناده مقال .

• مسألة ، قال (وإذا زوج أمة وشرط عليه أن تكون عندهم بالنهار ويبعث بها إليه بالليل فالمعقد والشرط جائزان وعلى الزوج النفقة مدة مقامها عنده)

أما الشرط فصحيح لأنه لا يخل بمقصود النكاح ، فإن الاستمتاع انما يكون ليلا ، وإذا كان الشرط صحيحاً لم يمنع صحة العقد فيك فان صحيحين : وعلى الزوج النفقة في الليل لأنها سلت اليه فيه وليس عليه نفقة النهار لأنها في مقابلة الاستمتاع وهو لا يتمكن من الاستمتاع بها في تلك الحال ، وإذا لم تجب نفقة النهار على الزوج وجبت على السيد لأنها في خدمته حيثئذ ولأنها باقية على الأصل في وجوبها على السيد فتكون نفقتها بينهما نصفين وكذلك الكسوة

وقال بعض أصحاب الشافعى : ليس على الزوج شيء من النفقة لأنها لا تجب إلا بالتمكن التام ولم يوجد ، فلم يجب منها شيء ، كالحررة إذا بذلت التسليم في بعض الزمان دون بعض .

ولنا أن النفقة عوض في مقابلة المنفعة فوجب منها بقدر ما يستوفيه كالأجرة في الإجارة وفارقت الحررة لأن التسليم عليها واجب في جميع الزمان فإذا امتنعت في البعض فلم تسلم ماوجب عليها تسليمه . وههنا قد سل السيد جميع ماوجب عليه

(فصل) فإن زوجها من غير شرط فقال القاضى . الحكم فيه كما لو شرط وله استخداما نهارا وعليه ارسالها ليلا للاستمتاع بها لأنه زمانه ، وذلك لأن السيد

يملك من أمته منفعتين منفعة الاستخدام والاستمتاع فإذا عقد على إحداهما لم يلزمه تسليمها إلا في زمن استيفائها كما لو أجرها للخدمة لم يلزمه تسليمها إلا في زمنها وهو النهار والنفقة بينهما على قدر إقامتها عندهما ، وإن تبرع السيد بارسالها ليلاً ونهاراً فالنفقة كلها على الزوج وإن تبرع الزوج بتركها عند السيد ليلاً ونهاراً لم تسقط نفقتها عنه ولو تبرع كل واحد منهما بتركها عند الآخر وتداقما كانت نفقتها كلها على الزوج لأن الزوجية تقتضي وجوبها عالم يمنع من استمتاعها عدواناً أو بشرط أو نحوه ولذلك تجب نفقتها مع تعذر استمتاعها بمرض أو حوض أو نحوه فإذا لم يكن من السيد منها منع فالنفقة على الزوج لوجود الزوجية المقتضية لها وعدم المانع منها .

(فصل) فإن أراد الزوج السفر بها لم يملك ذلك لأنه يفوت خدمتها المستحقة لسيدتها وإن أراد السيد السفر بها فقد توقف أحد عن ذلك وقال ما أدري فيحتمل المنع منه لأنه يفوت حق الزوج منها فمنعته قياساً على ما لو منعه منه مع الإقامة ولأنه مالك لأحدى منفعتيها فلم يملك منع الآخر من السفر بها كالسيد وقالوا أجرها ثم أراد السفر بها .

ويحتمل أن له السفر بها لأنه مالك رقبتهما كسيد العبد إذا زوجته ، وإن شرط الزوج أن تسلم إليه الأمة ليلاً ونهاراً جاز وعليه نفقتها كلها ، وليس للسيد السفر بها لأنه لا حق له في بعضها .

(فصل) ويستحب لمن أراد التزوج أن يختار ذات الدين لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « تنكح المرأة لماله ولحسبها ولجمالها ولدينها » ، فاظهر بذات الدين تزويجته يداك ، متفق عليه ، ويختار البكر لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أتزوجيتهن يا جابر ؟ قال : قلت نعم ، قال : بكرة أم ثيبا ، قال : قلت بل ثيبا ، قال : فهلا بكرة تلاعبها وتلاعبك ؟ » ، متفق عليه ، وعن عطاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « عليكم بالابكار فانهم أعقب أفواها وأتقى أرحاما » ، رواه الإمام أحمد في رواية ، وأتقى أرحاما وأرضى باليسير .

ويستحب أن تكون من نساء يعرفن بكثرة الولادة لما روى عن أنس قال

كان رسول الله (ص) يأمر بالبائة وينهى عن التبتل نهيا شديداً ويقول :
تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم الامم يوم القيامة ، رواه سعيد ، وروى
معقل بن يسار قال جاء رجل الى رسول الله (ص) فقال : اني أصبت امرأة ذات
حسب ومنصب إلا أنها لا تلد أفأتزوجها ؟ فنهاه ثم أتاه الثانية فنهاه ثم أتاه الثالثة
فقال : تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم ، رواه النسائي .

وعن علي بن الحسين أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : يا بني هاشم عليكم
بنساء الأعاجم فالتسوا أولادهن فان في أرحامهن البركة ، ويختار الجميلة لأنها
أسكن لنفسه وأغض لخصمه وأكمل لمودته ولذلك شرع النظر قبل النكاح : وقد
روى عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن رسول الله (ص) أنه قال : إنما
النساء لعب فاذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها .

وعن أبي هريرة قال : قيل يا رسول الله أي النساء خير ؟ قال : التي تسره إذا
نظر وتطيعه إذا أمر ولا تخالفه في نفسها ولا في ماله بما يكره ، رواه النسائي ،
وعن يحيى بن جعدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : خير فائدة أفادها المرء
المسلم بعد إسلامه امرأة جميلة تسره إذا نظر إليها وتطيعه إذا أمرها وتحفظه في
غيته في ماله ونفسها ، رواه سعيد .

ويختار ذات العقل ويجنب الحمقاء لأن النكاح يراد للعشرة ولا تصلح العشرة
مع الحمقاء ولا يطيب العيش معها وربما تعدى ذلك الى ولدها ، وقد قيل اجتنبوا
الحمقاء فان ولدها ضياع وصحبته بلاء ، ويختار الحسنة ليكون ولدها نجيباً فانه
ربما أشبه أهلها ونزع اليهم ، وكان يقال : اذا أردت أن تتزوج امرأة فانظر الى
أيها وأخيها ، وعن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تخيروا
لنطفكم وأنكحوا الأكفاء وأنكحوا اليهم .

ويختار الأجنبية فان ولدها أنجب ولهذا يقال : اغتربوا لا تضوا : يعني
انكحوا الغرائب كيلا تضعف أولادكم ، وقال بعضهم : الغرائب أنجب وبنات
العم أصبر ، ولأنه لا تؤمن العداوة في النكاح وافضأوه الى الطلاق فاذا كان في
قربته أفضى الى قطيعة الرحم المأمور بصلتها . والله أعلم .

باب ما يحرم نكاحه والجمع بينه وغير ذلك

التحريم للنكاح ضربان : تحريم عين وتحريم جمع ، ويتنوع أيضاً نوعين تحريم نسب وتحريم سبب ، والاصل في ذلك الكتاب والسنة والاجماع ، فأما الكتاب فقول الله تعالى : حرمت عليكم أمهاتكم (والاية التي قبلها والتي بعدها : وأما السنة فروى أبو هريرة عن رسول الله (ص) أنه قال : لا يجمع الرجل بين المرأة وعمتها ولا بينها وبين خالتها ، متفق عليه ، وعن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله (ص) : ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة ، أخرجه مسلم : واجمعت الامة على تحريم ما نص الله تعالى على تحريمه .

مسألة ، قال (والمحرمات نكاحهن بالانساب : الامهات والبنات والاخوات والعمة والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت ، والمحرمات بالاسباب : الامهات المرضعات والاخوات من الرضاعة وامهات النساء وبنات النساء اللاتي دخل بهن وحلائل الابناء وزوجات الاب والجمع بين الاختين)

وجملة ذلك : ان المنصوص على تحريمهن في الكتاب أربع عشرة : سبع بالنسب واثنان بالرضاع ، وأربع بالمصاهرة وواحدة بالجمع ، فأما اللواتي بالنسب فأولاهن الامهات ، وهن كل من انتسبت اليها بولادة سواء وقع عليها اسم الام حقيقة وهي التي ولدتك أو مجازاً وهي التي ولدت من ولدك وان علت من ذلك جدتك أم أمك وأم ابيك وجدتا أمك وجدتا ابيك وجدات جداتك وجدات اجدادك وان علوا وارثات كن أو غير وارثات كلهن امهات محرمات .

ذكر أبو هريرة هاجر ام اسماعيل فقال : تلك أمكم يا بني ماء السماء ، وفي الدعاء اللهم صل على ابينا آدم وامنا حواء ، والبنات وهن كل انثى انتسبت اليك بولادتك كاتبة الصلب وبنات البنين والبنات وان نزلت درجتهم وارثات أو غير وارثات كلهن بنات محرمات لقوله تعالى (وبناتكم) فان كل امرأة بنت آدم كما ان كل رجل ابن آدم قال الله تعالى (يا بني آدم) والاخوات من الجهات الثلاث من الابوين أو من الاب أو من الام لقوله تعالى (واخواتكم) ولا تفرج عليهن

والعمات أخوات الأب من الجهات الثلاث وأخوات الأجداد من قبل الأب ومن قبل الأم، قريباً كان الجد أو بعيداً وارثاً أو غير وارث، لقوله تعالى (وعماتكم) والحالات أخوات الأم من الجهات الثلاث وأخوات الجدات وإن علون، وقد ذكرنا أن كل جدة أم فكذلك كل أخت لجددة خالة محرمة لقوله (وخالاتكم).

وبنات الأخ كل امرأة انتسبت إلى أخ بولادة فهي بنت أخ محرمة من أي جهة كان الأخ لقوله تعالى (وبنات الأخ) وبنات الأخت كذلك أيضاً محرمات لقوله سبحانه (وبنات الأخت) فهؤلاء المحرمات بالانساب.

النوع الثاني المحرمات بتحريم السبب وهو قسمان: رضاع ومصاهرة، فأما الرضاع فالمنصوص على التحريم فيه اثنتان الأمهات المرضعات وهن اللاتي أرضعنك وأمهاتهن وجدتهن وإن علت درجتهم على حسب ما ذكرنا في النسب محرمات بقوله تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) كل امرأة أرضعتك أمها أو أرضعتها أمك أو أرضعتك وإياها امرأة واحدة أو ارتضعت أنت وهي من لبن رجل واحد، كرجل له امرأتان لهما منه لبن أرضعتك أحدهما وأرضعتها الأخرى فهي أختك محرمة عليك لقوله سبحانه (وأخواتكم من الرضاعة).

القسم الثاني: حريم المصاهرة والمنصوص عليه أربع: أمهات النساء فمن تزوج امرأة حرم عليه كل أم لها من نسب أو رضاع، قريبة أو بعيدة بمجرد العقد نص عليه أحمد. وهو قول أكثر أهل العلم، منهم ابن مسعود وابن عمر وجابر وعمران بن حصين وكثير من التابعين، وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وحكى عن علي رضي الله عنه أنها لا تحرم إلا بالدخول بابنتها كما لا تحرم ابنتها إلا بالدخول.

ولنا قول الله تعالى (وأمهات نسائكم) والمعقود عليها من نسائه فتدخل أمها في عموم الآية. قال ابن عباس: أيهموا ما بهم القرآن، يعني عمنوا حكمها في كل حال ولا تفصلوا بين المدخول بها وبين غيرها.

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها لا بأس أن يتزوج ربيته ولا يحل له أن يتزوج

أما ، رواه أبو حفص بإسناده ، وقال زيد : تحرم بالدخول أو بالموت لأنه يقوم مقام الدخول ، وقد ذكرنا ما يوجب التحريم مطلقا ، سواء وجد الدخول أو الموت أو لا ، ولأنها حرمت بالمصاهرة بقول مذهبهم لحرمت بنفس العقد كحليته الابن والاب .

الثانية : بنات النساء اللاتي دخل بهن وهن الربائب فلا يحرمن إلا بالدخول بأمهاتهن وهن كل بنت للزوجة من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة وارثة أو غير وارثة على حسب ما ذكرنا في البنات إذا دخل بالأم حرمت عليه سواء كانت في حجره أو لم تكن في قول عامة الفقهاء إلا أنه روى عن عمرو وعلي رضي الله عنهما أنها رخصا فيها إذا لم تكن في حجره ، وهو قول داود لقول الله تعالى (وربائبكم اللاتي في حجوركم) قال ابن المنذر : وقد اجمع علماء الأمصار على خلاف هذا القول .

وقد ذكرنا حديث عبد الله بن عمرو في هذا ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم لأم حبيبة : لا تعرضن على بناتكن ولا أخواتكن ، ولأن التريبة لا تأثير لها في التحريم كسائر المحرمات ، فاما الآية فلم تخرج مخرج الشرط ، وإنما وصفها بذلك تعريفا لها بغالب حالها ، وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بفهمه ، وإن لم يدخل المرأة لم تحرم عليه بناتها في قول عامة علماء الأمصار إذا بان من نكاحه إلا أن يموت قبل الدخول ففيه روايتان .

أحدهما : تحرم ابنتها ، وبه قال زيد بن ثابت وهي اختيار أبي بكر ، لأن الموت أقيم مقام الدخول في تكميل العدة والصداق فيقوم مقامه في تحريم الريبة .

والثانية : لا تحرم وهو قول علي ومذهب عامة العلماء ، قال ابن المنذر وأجمع عوام علماء الأمصار أن الرجل إذا تزوج المرأة ثم طلقها أو ماتت قبل الدخول بها جاز له أن يتزوج ابنتها ، كذلك قال مالك والثوري والأوزاعي والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور ومن تبعهم ، لأن الله تعالى قال (من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وهذا نص لا يترك لقياس ضعيف ، وحديث عبد الله بن عمرو قد ذكرناه ، ولأنها فرقة قبل الدخول فلم تحرم

الريبة كفرقة الطلاق والموت لا يجرى مجرى الدخول في الاحصان والاحلال
 وعدة الاقراء ، وقيامه مقامه من وجه ليس بأولى من مفارقتها إياه من وجه آخر
 ولو قام مقامه من كل وجه فلا يترك صريح نص الله تعالى ونص رسوله لقياس
 ولا غيره .

إذا ثبت هذا فإن الدخول بها هو وطؤها كنى عنه بالدخول فإن خلاها ولم
 يطأها لم تحرم ابتها لأنها غير مدخول بها ، وظاهر قول الحرقى تحريمها لقوله
 فإن خلا بها وقال لم أطأها وصدقته لم يلتفت إلى قولها وكان حكمها حكم الدخول
 في جميع أمورها إلا في الرجوع إلى زوج طلقها ثلاثاً وفي الزنا فإنهما يجلدان
 ولا يرجعان وسنذكره فيما بعد إن شاء الله .

الثالثة : حلائل الابناء يعنى أزواجهم سميت امرأة الرجل حليلة لأنها عمل
 إزار زوجها وهى محللة له ، فيحرم على الرجل أزواج ابنته وأبناء بنته من نسب
 أو رضاع قريباً كان أو بعيداً بمجرد العقد لقوله تعالى (وحلائل أبنائكم) ولا نعلم
 في هذا خلافاً .

الرابعة : زوجات الاب فتحرم على الرجل امرأة أبيه قريباً كان أو بعيداً
 وارثاً كان أو غير وارث من نسب أو رضاع لقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح
 آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف) وقال البراء ابن عازب « لقيت خالي ومعه الراية
 فقلت : أين تريد ؟ قال : أرسلنى رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل تزوج
 امرأة أبيه من بعده ان اضرب عنقه أو اقتله ، رواه النسائى ، وفى رواية قال
 « لقيت عمى الحارث بن عمرو ومعه الراية ، فذكر الخبر كذلك ، رواه سعيد وغيره ،
 وسواء فى هذا امرأة أبيه أو امرأة جده لا يبه وجده لانه قرب أم بعد ، وليس فى هذا
 بين اهل العلم خلاف علمناه والحمد لله ، ويحرم عليه من وطئها أبوه أو ابنه بملك
 يمين أو شبهة كما يحرم عليه من وطئها فى عقد نكاح ، قال ابن المنذر : الملك فى هذا
 والرضاع بمنزلة النسب ، وعن حفظنا ذلك عنه عطاء وطاوس والحسن وابن سيرين
 ومكحول وقتادة والثورى والاوزاعى وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الراى
 ولا نحفظ عن أحد خلافهم .

الضرب الثانى : تحريم الجمع ، والمذكور فى الكتاب الجمع بين الاختين سواء

كأثنا من نسب أو رضاع حرتين كأثنا أو أمتين أو حرة وأمة من أبوين كأثنا أو من أب أو أم وسواء في هذا ما قبل الدخول أو بعده لعموم الآية ، فإن تزوجهما في عقد واحد فسد لانه لا مزية لإحدهما على الأخرى وسواء علم بذلك حال العقد أو بعده فإن تزوج إحدهما بعد الأخرى فنكاح الأولي صحيح لانه لم يحصل فيه جمع ونكاح الثانية باطل لان به يحصل الجمع وليس في هذا بحمد الله اختلاف وليس عليه تفريع .

« مسألة ، قال (ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)

كل امرأة حرمت من النسب حرم مثلها من الرضاع وهن الامهات والبنات والاخوات والعمات والحالات وبنات الاخ وبنات الاخت على الوجه الذي شرحناه في النسب لقول النبي صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » متفق عليه ، وفي رواية مسلم « الرضاع يحرم ما تحرم الولادة » وقال النبي صلى الله عليه وسلم في ذرة بنت أبي سلمة « انها لو لم تكن ريبيتي في حجرى ما حلت لى ، انها ابنة أخى من الرضاعة أرضعنى وأباها ثوية » متفق عليه ، لان الامهات والاخوات منصوص عليهن والباقيات يدخلن في عموم لفظ سائر المحرمات ولا نعلم في هذا خلافاً .

« مسألة ، قال (وابن الفحل محرم)

معناه ان المرأة إذا أرضعت طفلاً يلبن ثاب^(١) من وطء رجل حرم الطفل على الرجل وأقاربه كما يحرم ولده من النسب لان اللبن من الرجل كما هو من المرأة فيصير الطفل ولداً للرجل والرجل اباه ، وأولاد الرجل اخوته سواء كانوا من تلك المرأة أو من غيرها ، وإخوة الرجل وأخواته اعمام الطفل وعماته وآباؤه وأمهاته اجداده وجداته ، قال احمد : لبن الفحل ان يكون للرجل امرأتان فترضع هذه صبية وهذه صبياً لا يزوج هذا من هذا ، وسئل ابن عباس عن رجل له جارتان أرضعت احدهما جارية والأخرى غلاماً ، فقال : لا ، اللقاح واحد ، قال الترمذى : هذا

تفسير ابن الفحل وعن قال بتحريمه علي وابن عباس وعطاء وطاوس ومجاهد والحسين
والشعبي والقاسم وعروة ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو عبيد
وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي ، قال ابن عبد البر وإليه ذهب فقهاء الأمصار
بالحجاز وال عراق والشام وجماعة أهل الحديث ، ورخص في ابن الفحل سعيد بن المسيب
وأبو سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار وعطاء بن يسار والنخعي وأبو قلابة ،
ويروى ذلك عن ابن الزبير وجماعة من أصحاب رسول الله (ص) غير مسمين لأن
الرضاع من المرأة لا من الرجل ، ويروى عن زينب بنت أبي سلمة أنها أرضعتها
أسماء بنت أبي بكر امرأة الزبير ، قالت : وكان الزبير يدخل علي وأنا أمتشط فيأخذ بيدي
من قرون رأسي فيقول . أقبل علي لحديثي أراه والدا وما ولد فهم إخوتي ثم أن
عبد الله بن الزبير أرسل يخطب إلي أم كلثوم ابنتي علي حمزة بن الزبير وكان حمزة
للكعبة فقلت لرسوله : وهل تحل له ؟ وإنما هي ابنة أخيه فقال عبد الله : إنما أردت
بهذا المنع لما قبلك أما ما ولدت أسماء فهم أخوتك وما كان من غير أسماء فليسوا لك
بإخوة فأرسلني فسلمي عن هذا فأرسلت فسألت وأصحاب رسول الله متوافرون فقالوا لها
إن الرضاة من قبل الرجل لا تحرم شيئاً فأنكحتها إياه فلم تزل عنده حتى ملك عنها ،
ولنا ما روت عائشة رضي الله عنها ، أن أفلح أخا أبي القعيس استأذن علي
بعد ما أنزل الحجاب فقلت والله لا آذن له حتى استأذن رسول الله (ص) فإن أجاز
أبي القعيس ليس هو أرضعني ولكن أرضعني امرأة أبي القعيس فدخل علي
رسول الله (ص) فقلت يا رسول الله إن الرجل ليس هو أرضعني ولكن أرضعني
امرأته قال : ائذني له فإنه عمك تربت بيمينك ، قال عروة : فذلك كانت عائشة تأخذ
بقول ما يحرم من الرضاة ما يحرم من النسب ، متفق عليه ، وهذا نص قاطع في محل
النزاع فلا يعول علي ما خالفه ، فأما حديث زينب فإن صح فهو حجة لنا فإن الزبير
كان يعتقد أنها ابنته وتعتقه أباهما ، والظاهر أن هذا كان مشهوراً عندهم وقوله
مع إقرار أهل عصره أولى من قول ابنه وقول قوم لا يعرفون .

... مسألة ، قال (والجمع بين المرأة وبين عمتها وبين خالتها)

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول به وليس فيه بحمد الله اختلاف

إلا أن بعض أهل البدع عن لا تعد مخالفتهم خلافا وهم الرافضة والخوارج لم يحرروا ذلك ولم يقولوا بالسنة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي ما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها ، متفق عليه ، وفي رواية أبي داود : لا تنكح المرأة على عمها ولا العممة على بنت أخيها ولا المرأة على خالتها ولا الحالة على بنت أخيها ، لا تنكح الكبرى على الصغرى ولا الصغرى على الكبرى ، ولأن العلة في تحريم الجمع بين الأختين إيقاع العداوة بين الأقارب وإفضاؤه إلى قطيعة الرحم المحرم وهذا موجود فيما ذكرنا ، فإن أخذوا بعموم قوله سبحانه (وأحل لكم ما وراء ذلكم) خصصناه بما رويناه ، وبلغنا أن رجلين من الخوارج أتيا عمر بن عبد العزيز فكان بما أنكرنا عليه رجم الزاني وتحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين خالتها وقالوا ليس هذا في كتاب الله تعالى ، فقال لهما : كم فرض الله عليكم من الصلاة ؟ قالوا : خمس صلوات في اليوم والليلة ، وسألهما عن عدد ركعاتها فأخبرا بذلك وسألهما عن مقدار الزكاة ونصبتها فأخبرا ، فقال : فهل تجدان ذلك في كتاب الله ؟ قالوا لا نجد في كتاب الله ، قال : فمن أين صرتما إلى ذلك ؟ قالوا فعله رسول الله (ص) والمسلمون بعده . قال فكذلك هذا ، ثم لا فرق بين الحالة والعممة حقيقة أو مجازا كعمات آباؤها وخالاتهم وعمات أمهاتها وخالاتهن وإن علت درجتهم من نسب كان ذلك أو من رضاع ، فكل شخصين لا يجوز لأحدهما أن يتزوج الآخر لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى لأجل القرابة لا يجوز الجمع بينهما لتأدية ذلك إلى قطيعة الرحم القريبة لما في الطباع من التنافس والغيرة بين الضرائر : ولا يجوز الجمع بين المرأة وأماها في العقد لما ذكرناه ، ولأن الأم إلى ابنتها أقرب من الأختين فإذا لم يجمع بين الأختين فالمرأة وابنتها أولى .

(فضل) ولا يحرم الجمع بين ابنتي العم وابنتي الحال في قول عامة أهل العلم لعدم النص فيهما بالتحريم ودخولهما في عموم قوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولأن أحدهما تحل لها الأخرى لو كانت ذكرا ، وفي كراهة ذلك روايتان . أحدهما يكره . روى ذلك عن ابن مسعود وبه قال جابر بن زيد وعطاء والحسن وسعيد بن عبد العزيز .

وروى أبو حفص بإسناده عن عيسى بن طلحة قال : نهى رسول الله (ص) أن تزوج المرأة على ذي قرابتها كراهية القطيعة ، ولأنه مفض الى قطيعة الرحم المأمور بصلتها فأقل أحواله الكراهة ، والآخرى : لا يكره وهو قول سليمان بن يسار والشعبي وحسين بن حسن والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي عبيد لأنه ليست بينهما قرابة تحرم الجمع فلا يقتضى كراهته كسائر الأقارب .

• مسألة ، قال (وإذا عقد على المرأة ولم يدخل بها فقد حرمت على ابنه وأبيه وحرمت عليه أمها ، والجدة وإن) علا فيما قلت بمنزلة الأب وابن الابن فيه وإن سفل بمنزلة الابن (

وجهة ذلك : أن المرأة اذا عقد الرجل عقد النكاح عليها حرمت على أبيه بمجرد العقد عليها لقول الله تعالى (وحلائل أبنائكم) وهذه من حلائل أبنائه وتحرم على أبيه لقوله سبحانه (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم) وهذه قد نكحها أبوه ، وتحرم أمها عليه لقوله سبحانه (وأمهات نسائكم) وهذه منهن ، وليس في هذا اختلاف بحمد الله إلا شيء ذكرناه فيما تقدم ، والجدة كالأب في هذا ، وابن الابن كالابن فيه لأنهم يدخلون في اسم الآباء والأبناء وسواء في هذا القريب والبعيد والوارث وغيره من قبل الأب والام ومن ولد البنين أو ولد البنات وقد تقدم ذلك .

• مسألة ، قال (وكل من ذكرنا من المحرمات من النسب والرضاع فبناتهن في التحريم كهن إلا بنات العمات والحالات وبنات من نكحهن الآباء والأبناء فبناتهن محلات ، وكذلك بنات الزوجة التي لم يدخل بها)

وجهة ذلك : أن كل محرمه تحرم ابنتها لتناول التحريم لها فالأمهات تحرم بناتهن لأنهن أخوات أو عمات أو خالات والبنات يحرم بناتهن لأنهن بنات ويحرم بنات الأخوات وبناتهن لأنهن بنات الأمهات وكذلك بنات الأخوات إلا بنات العمات والحالات فلا يحرم بالإجماع لقول الله تعالى (وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك) فأحلن الله لنيه عليه السلام ،

ولأنهن لم يذكرن في التحريم فدخلن في قول الله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) وكذلك لا يحرم بنات زوجات الآباء والأبناء لأنهن حرم من لكونهن حلال للآباء والأبناء ولم يوجد ذلك في بناتهن ولا وجدت فيهن علة أخرى تقتضي تحريمهن فدخلن في قوله سبحانه (وأحل لكم ما وراء ذلكم) وكذلك بنات الزوجات التي لم يدخل بها محلات لقوله سبحانه (فإن لم تكونوا دخاتم بهن فلا جناح عليكم) ومن الربائب وليس هؤلاء ممن حرمت أمهن ؛ وإنما ذكرها لأنها محلة فيشبهه حكمها .

فإن قيل : فلم حرمت ابنة الريبة ولم تحرم ابنة حليته الإبن ؟ قلنا لأن ابنة الريبة ريبة وابنة الحليلة ليست حليته ، ولأن علة تحريم الريبة أنه يشق التحرز من النظر إليها والمخلوة بها بكونها في حجره في بيته ، وهذا المعنى يوجد في بنتها وإن سفلت . والحليلة حرمت بنكاح الأب والإبن لها ولا يوجد ذلك في ابنتها

مسألة ، قال (ووطء الحرام محرم كما يحرم وطء الحلال والشبهة)

يعنى أنه يثبت به تحريم المصاهرة ، فإذا زنا بامرأة حرمت على أبيه وابنته وحرمت عليه أمها وابنتها كما لو وطئها بشبهة أو حلالا ولو وطئ أم امرأته أو بنتها حرمت عليه امرأته : نص أحمد على هذا في رواية جماعة ، وروى نحو ذلك عن عمران بن حصين ، وبه قال الحسن وعطاء وطاوس ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي .

وروى عن ابن عباس أن الوطء الحرام لا يحرم ، وبه قال سعيد بن المسيب ويحيى بن يعمر وعروة والزهرى ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يحرم الحرام الحلال ، ولأنه وطء لا نصير به الموطوءة فراشا فلا يحرم كوطء الصغيرة .

ولنا قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) والوطء يسمى نكاحا قال الشاعر :

« إذا زنت فأجد نكاحا » . لحمل في عموم الآية وفي الآية قرينة تصرفه إلى الوطء ، وهو قوله سبحانه وتعالى (إنه كان فاحشة ومقتنا وساء سبيلا) وهذا

التغليظ إنما يكون في الوطء ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابتنها ، وروى الجوزجاني بإسناده عن ذهب ابن منه قال : ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابتنها ، فذكرته لسعيد بن المسيب فأعجبه ، ولأن ما يتعلق من التحريم بالوطء المباح يتعلق بالمحظور كوطء الحائض ولأن النكاح عقد يفسده الوطء بالشبهة فأفسده الوطء الحرام كالأحرام ، وحديثهم لا نعرف صحته وإنما هو من كلام ابن أسود بعض قضاة العراق . كذلك قال الإمام أحمد وقيل إنه من قول ابن عباس . ووطء الصغيرة ممنوع ثم يظل بوطء الشبهة .

(فصل) والوطء على ثلاثة أضرب : مباح وهو الوطء في نكاح صحيح أو ملك يمين فيتعلق به تحريم المصاهرة بالاجتماع ويعتبر محرماً لمن حرمت عليه لأنها حرمت عليه على التأييد بسبب مباح أشبه النسب ، الثاني : الوطء بالشبهة وهو الوطء في نكاح فاسد أو شراء فاسد أو ووطء امرأة ظنها امرأته أو أمته أو ووطء الأمة المشتركة بينه وبين غيره وأشياء هذا فهذا يتعلق به التحريم كتعلقه بالوطء المباح إجماعاً .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من علماء الأمصار على أن الرجل إذا وطئ امرأة بنكاح فاسد أو بشراء فاسد أنها تحرم على أبيه وابنه وأجداده وولده ولده وهذا مذهب مالك والأوزاعي والثوري والشافعي وأحمد وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي ، ولأنه ووطء يلحق به النسب فأثبت التحريم كالوطء المباح ولا يصير الرجل محرماً لمن حرمت عليه ولا يباح له به النظر إليها لأن الوطء ليس بمباح ولأن المحرمية تتعلق بكال حرمة الوطء لأنها إباحة ولأن الموطوءة لم يستبح النظر إليها فلأن لا يستبيح النظر إلى غيرها أولى :

الثالث : الحرام المحض وهو الزنا فيثبت به التحريم على الخلاف المذكور ولا تثبت به المحرمية ولا إباحة النظر لأنه إذا لم يثبت بوطء الشبهة فالحرام المحض أولى ولا يثبت به نسب ولا يجب به المهر إذا طأعته فيه .

(فصل) ولا فرق فيما ذكرنا بين الزنا في القبل والدبر لأنه يتعلق به التحريم فيما إذا وجد في الزوجة والأمة فكذلك في الزنا فإن تلوط بغلام فقال بعض أصحابنا

ينطلق به التحريم أيضا فيحرم على اللائط أم الغلام وابنته وعلى الغلام أم اللائط وابنته قال ونص عليه أحد وهو قول الأوزاعي لأنه وطء في الفرج ينشر الحرمة كوطء المرأة ولائها بنت من وطئه وأمه محرمة عليه كما لو كانت الموطوءة أختي ، وقال أبو الخطاب يكون ذلك كالمباشرة دون الفرج يكون فيه روايتان والصحيح أن هذا لا ينشر الحرمة فإن هؤلاء غير منصوص عليهن في التحريم فيدخلن في عموم قوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولائهن غير منصوص عليهن ولا في معنى المنصوص عليه فوجب أن لا يثبت حكم التحريم فيهن فإن المنصوص عليهن في هذا حلائل الأبناء ومن نكحن الآباء وأمهات النساء وبناهن وليس هؤلاء منهن ولا في معناهن لأن الوطء في المرأة يكون سببا للبضعة ويرجع المهر ويحقق به النسب وتصير به المرأة فراشا ويثبت أحكاما لا يثبتها اللواط فلا يجوز إطلاقه بين لعدم العلة وانقطاع الشبه ، ولذلك لو أرضع الرجل طفلا لم يثبت به حكم التحريم فهنا أولى وإن قدر بينهما شبه من وجه ضعيف فلا يجوز تخصيص عموم الكتاب به وأطراح النص بمثله .

فصل

ويحرم على الرجل نكاح بنته من الزنا وأخته وبنت ابنه وبنت بنته وأخته وأخته من الزنا ، وهو قول عامة الفقهاء ، وقال مالك والشافعي في المشهور من مذهبه يجوز ذلك كله لأنها أجنبية منه ولا تنسب إليه شرعا ولا يجري التوارث بينهما ولا تمتق عليه إذا ملكها ولا تلزمه نفقتها فلم تحرم عليه كسائر الأجانب ولنا قول الله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم) وهذه بنته فإنها أختي مخلوقة من مائه ، هذه حقيقة لا تختلف بالحلل والحرمة ، ويدل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم في امرأة هلال بن أمية ، انظروه يعني ولدها فإن جاءت به على صفة كذا فهو لشريك بن سحاء ، يعني الزاني ولأنها مخلوقة من مائه وهذه حقيقة لا تختلف بالحلل والحرمة فأشبهت المخلوقة من وطء بشبهة ولأنها بضعة منه فلم تجعل له كبنته من النكاح وتختلف بعض الأحكام لا ينفي كونها بنتا كما لو تختلف لرق أو اختلاف دين .

إذا ثبت هذا . فلا فرق بين عليه بكونها منه مثل أن يطلأ امرأة في طهر لم يصبها فيه غيره ثم يحفظها حتى تضع أو مثل أن يشترك جماعة في وطء امرأة فتأتي بولد لا يعلم هل هو منه أو من غيره ؟ فإنها تحرم على جميعهم لوجهين أحدهما : أنها بنت موطوءتهم ، والثاني : أننا نعلم أنها بنت بعضهم فتحرم على الجميع كالزوج الوليان ولم يعلم السابق منهما وتحرم على أولادهم لأنها أخت بعضهم غير معلوم فإن الحققتها القافة بأحدهم حلت لأولاد الباقيين ولم تحل لأحد من وطئ أمها لأنها في معنى ربيته .

(فصل)

وطء الميتة يحتمل وجهين . أحدهما : ينشر الحرمة ، لأنه معنى ينشر الحرمة المؤبدة فلم يختص بالحياة كالرضاع ، والثاني . لا ينشرها ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي : لأنه ليس بسبب للبضعية ولأن التحريم يتعلق باستيفاء منفعة الوطء . والموت يبطل المنافع

وأما الرضاع فيحرم لما يحصل به من إنبات اللحم وإنشاز العظم وهذا يحصل من لبن الميتة . وفي وطء الصغيرة أيضاً وجهان . أحدهما ينشرها وهو قول أبي يوسف لأنه وطء لأدمية حية في القبل أشبه وطء الكبيرة ، والثاني : لا ينشرها وهو قول أبي حنيفة ، لأنه ليس بسبب للبضعية أشبه وطء الميتة .

(فصل) فأما المباشرة فيما دون الفرج فإن كانت لغير شهوة لم تنشر الحرمة بغير خلاف تعلمه ، وإن كانت لشهوة وكانت في اجنبية لم تنشر الحرمة أيضاً ، قال الجوزجاني سألت أحمد عن رجل نظر إلى أم امرأته في شهوة أو قبلها أو باشرها فقال أنا أقول لا بهرمه شيء من ذلك إلا الجماع ، وكذلك ينقل أحمد بن القاسم وإسحاق بن منصور ، وإن كانت المباشرة لامرأة محلة له كأمراته أو مملوكته لم تحرم عليه ابتها .

قال ابن عباس . لا يحرم الريبة إلا جماع أمها . وبه قال طاوس وعمر بن دينار : لأن الله تعالى قال (فإن لم تكونوا دخلتم بها فلا جناح عليكم) وهذا ليس بدخول فلا يجوز ترك النص الصريح من أجله ، وأما تحريم أمها وتحريمها على أبي المباشر لها وابنه فإنها في النكاح تحرم بمجرد العقد قبل المباشرة فلا يظهر

للباشرة أثر، وأما الامة : فتى باشرها دون الفرج لشهوة فهل ثبت تحريم المصاهرة ؟ فيه روايتان .

احداها ينشرها . روى ذلك عن ابن عمر وعبد الله بن عمرو ومسروق وبه قال القاسم والحسن ومكحول والنخعي والشعبي ومالك والأوزاعي وابو حنيفة وعلى بن المدين وهو أحد قولي الشافعي . لأنه نوع استمتاع فتعلق به تحريم المصاهرة كالوطء في الفرج ولأنه تلذذ بمباشرة يتعلق به التحريم كما لو وطئ .

والثانية : لا يثبت به التحريم . لأنها ملامسة لا توجب الغسل فلم يثبت بها التحريم ، كما لو لم يكن بشهوة لان ثبوت التحريم إما أن يكون بنص أو قياس على المنصوص ، ولا نص في هذا ولا هو في معنى المنصوص عليه ولا المجمع عليه فإن الوطء يتعلق به من الاحكام استقرار المهر والاحصان والاغتسال والعدة وإفساد الإحرام والصيام بخلاف اللبس ، وذكر أصحابنا الروايتين في جميع الصور من غير تفصيل وهذا الذي ذكرناه أقرب الى الصواب إن شاء الله سبحانه

(فصل)

ومن نظر الى فرج امرأة بشهوة فهو كالمسها لشهوة فيه أيضاً روايتان .
احداها : ينشر الحرمه في الموضع الذي ينشرها اللبس ، روى عن عمرو بن عمرو وعامر بن ربيعة ، وكان بدرياً ، وعبد الله بن عمرو فيمن يشتري الخادم ثم يجردها أو يقبلها لا يحل لابنه وطؤها وهو قول القاسم والحسن ومجاهد ومكحول وحامد ابن أبي سليمان وأبي حنيفة لما روى عبد الله بن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من نظر الى فرج امرأة لم تحل له أمها وابنتها ، وفي لفظ : لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة وابنتها .

والثانية : لا يتعلق به التحريم وهو قول الشافعي ، وأكثر أهل العلم لقوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولأنه نظر من غير مباشرة فلم يوجب التحريم كالنظر الى الوجه ، والخبر ضعيف قاله الدارقطني ، وقيل هو موقوف على ابن مسعود ثم يحتمل أنه كنى بذلك عن الوطء . وأما النظر الى سائر البدن فلا ينشر حرمه وقال بعض أصحابنا لا فرق بين النظر الى الفرج وسائر البدن لشهوة ، والصحيح خلاف هذا فإن غير الفرج لا يقاس عليه لما بينهما من الفرق ، ولا خلاف فعليه

في أن النظر إلى الوجه لا يثبت الحرمة كذلك غيره ، ولا خلاف أيضا في أن النظر إذا وقع من غير شهوة لا ينشر حرمة ، لأن اللمس الذي هو أبلغ منه لا يؤثر إذا كان لغیر شهوة فالنظر أولى ، وموضع الخلاف في اللمس والنظر فيمن بلغت سنا يمكن الاستمتاع منها كإبنة نسع فما زاد ، فأما الطفلة فلا يثبت فيها ذلك ، وقد روى عن أحمد في بنت سبع إذا قبلها حرمت عليه أمها . قال القاضي : هذا عند محمول على السن الذي توجد معه الشهوة .

(فصل) فإن نظرت المرأة إلى فرج رجل لشهوة لحكمه في التحريم حكم نظره إليها ، نص عليه أحمد ، لأنه معنى يوجب التحريم فاستوى فيه الرجل والمرأة كالجماع ، وكذلك ينبغي أن يكون حكم لمسها له وقبلتها إياه لشهوة لما ذكرنا .

(فصل)

فأما الخلوة بالمرأة فالصحيح أنها لا تنشر حرمة ، وقد روى عن أحمد : إذا خلا بالمرأة وجب الصداق والعدة ولا يحل له أن يتزوج أمها وابنتها . قال القاضي : هذا محمول على أنه حصل مع الخلوة مباشرة ، فيخرج كلامه على إحدى الروايتين اللتين ذكرناهما . فأما مع خلوه من ذلك فلا يؤثر في تحريم الربيبة لما في ذلك من مخالفة قوله سبحانه (فإن لم تكونوا دخلتم بها فلا جناح عليكم) وقوله (وأحل لكم ما وراء ذلكم) . وأما الخلوة بأجنبية أو أمتة فلا تنشر تحريما لا تعلم في ذلك خلافا ، وكل من حرم نكاحها حرم وطؤها بملك المهرين ؛ لأنه إذا حرم العقد المراد للوطء فالوطء أولى .

مسألة ، قال (وإن تزوج اختين من نسب أو رضاع في عقد واحد فسد ، وإن تزوجها في عقدين فالأولى زوجته ، والقول فيها كالقول في المرأة وحبتها والمرأة وخالتها)

وجملة ذلك أن الجمع بين المرأة واختها أو عمتها أو خالتها محرم فمن جمع بينهما فعقد عليهما معاً لم يصح العقد في واحدة منهما ، لأنه لا يمكن تصحيحه فيهما ولا مزية لإحدهما على الأخرى فيبطل فيهما ، كما لو زوجت المرأة لرجلين ، وهكذا لو تزوج خمسة في عقد واحد بطل في الجميع لذلك ، وإن تزوجها في عقدين

فنكاح الأولى صحيح لأنه لا جمع فيه ، ونكاح الثانية باطل لأن الجمع يحصل به
فبالعقد على الأولى تحرم الثانية ، ولا يصح عقده عليها حتى تبين الأولى منه
ويزول نكاحها وعدتها .

(فصل) فإن تزوجها في عقدين ولم يدر أوالهما فعليه فرقتها معا . قال أحد
في رجل تزوج أختين لا يدرى أيتهما تزوج أولا : ففرق بينهما وبينهما ، وذلك
لأن إحداهما محرمة عليه ونكاحها باطل ولا تعرف المحللة له فقد اشتبها عليه
ونكاح إحداهما يصح ولا تيقن بينوتهما منه إلا بطلاقهما جميعا أو فسخ نكاحها
فوجب ذلك كما لو زوج الوليان ولم يعرف الأول منهما ، وإن أحب أن يفارق
إحداهما ثم يحدد عقد الأخرى ويمسكها فلا بأس ، وسواء فعل ذلك بقرعة أو
بغير قرعة ولا يخلو من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن لا يكون دخل بواحدة منها فله أن يعقد على إحداهما في الحال
بعد فراق الأخرى .

الثاني : إذا دخل بإحداهما فإن أراد نكاحها فارق التي لم يصحبها بطلقة ثم ترك
المصاهرة حتى تنقضي عدتها ثم نكحها لانتا لا تأمن أن تكون هي الثانية فيكون
قد أصابها في نكاح قاسد ، فلهذا اعتبرنا انقضاء عدتها ، ويحتمل أن يجوز له العقد
عليها في الحال ، لأن النسب لاحق به ولا يمان ذلك عن مائه ، وإن أحب نكاح
الأخرى فارق المصاهرة بطلقة ثم انتظرها حتى تنقضي عدتها ثم تزوج أختها .

القسم الثالث : إذا دخل بهما فليس له نكاح واحدة منهما حتى يفارق الأخرى
وتنقضي عدتها من حين فرقتها وتنقضي عدة الأخرى من حين أصابها ، وإن ولدت
من إحداهما أو هما جميعا فالنسب لاحق به ، لأنه إما من نكاح صحيح أو نكاح
ناحد ، وكلاهما يلحق النسب فيه ، وإن لم يرد نكاح واحدة منهما فارقهما
بطلقة بطلقة .

(فصل) فأما المهر فإن لم يدخل بواحدة منهما فلا أحدهما نصف المهر ولا تعلم
من يستحقه منهما فيصطلحان عليه ، وإن لم يفعلا أقرع بينهما فكان لمن خرجت
قرعتها مع يمينها ، وقال أبو بكر : اختياري أن يسقط المهر إذا كان مجبرا على الطلاق
قبل الدخول ، وإن دخل بواحدة منهما أقرع بينهما ، فإن وقع لغير المصاهرة فلها

نصف المهر وللصاغة مهر المثل بما استحل من فرجها ، وإن وقعت على المصاغة فلا شيء . للآخرى وللصاغة المسمى جميعه ، وإن أصابهما معا فلا حداهما المسمى وللآخرى مهر المثل بقرع بينهما فيه ان قلنا ان الواجب في النكاح الفاسد مهر المثل ، وإن قلنا بوجوب المسمى فيه وجب هنا لكل واحد منهما

(فصل) قال أحمد : إذا تزوج امرأة ثم تزوج أختها ودخل بها اعتزل زوجته حتى تنقضي عدة الثانية ، إنما كان كذلك لأنه لو أراد العقد على أختها في الحال لم يجوز له حتى تنقضي عدة الموطوءة ، كذلك لا يجوز الوطء لامراته حتى تنقضي عدة أختها التي أصابها

« مسألة ، قال (وإن تزوج أخته من الرضاع وأجنبية في عقد واحد ثبت نكاح الأجنبية)

وجملة ذلك انه إذا عقد النكاح على أخته وأجنبية معا بأن يكون لرجل أخت وأبنة عم أحدهما رضية المتزوج فيقول له زوجتكما معا فيقبل ذلك فالنصوص ههنا صحة نكاح الاجنبيه ، ونص فيمن تزوج حرة وأمة على انه يثبت نكاح الحرة ويفارق الأمة ، وقيل فيه روايتان أحدهما يفسد فيهما ، وهو أحد قولي الشافعي واختيار أبي بكر ، لأنها لفظة واحدة جمعت حلالا وحراما فلم تصح ، كما لو جمع بين أختين ، والثانية يصح في الحرة وهي أظهر الروايتين ، وهذا قول مالك والثوري وأصحاب الرأي ، لأنها محل قابل للنكاح أضيف إليها عقد صادر عن أهله لم يجتمع معها فيه مثلاً فصح كما لو انفردت به ، وفارق العقد على الأختين لأنه لا مزية لأحدهما على الأخرى : وههنا قد تعينت التي بطل النكاح فيها ، فعلى هذا القول يكون لها من المسمى بقسط مهر مثلاً منه ، وفيه وجه آخر أن لها نصف المسمى ، وأصل هذين الوجهين إذا تزوج امرأتين يجوز له نكاحهما بمهر واحد هل يكون بينهما على قدر صداقهما أو نصفين ؟ على وجهين يأتي ذكرهما إن شاء الله (فصل) ولو تزوج يهودية ومجوسية ومحللة أو محرمة في عقد واحد فسدت في المجوسية والمحرمة ، وفي الأخرى وجهان ، وإن نكح أربع حرائر وأمة فسدت الأمة

وفي الحرائر وجهان : وإن نكح العبد حرتين وأمة بطل نكاح الجميع ، وإن تزوج امرأة وابنتها فسد فيها لأن الجمع بينهما محرم فلم يصح فيها كالاختين .

« مسألة ، قال (وإذا اشترى اختين فأصاب أحدهما لم يصب الأخرى حتى تحرم الأولى ببيع أو نكاح أو هبة وما أشبهه ويعلم أنها ليست بحامل ، فإن طالت إلى ملكه لم يصب واحدة منها حتى تحرم عليه الأولى) »

الكلام في هذه المسألة في فصول ستة :

الفصل الأول : أنه يجوز الجمع بين الاختين في الملك بغير خلاف بين أهل العلم وكذلك بينها وبين عمتها وخالتها ، ولو اشترى جارية فوطئها حل له شراء أختها وعمتها وخالتها ، لأن الملك يقصد به التول دون الاستمتاع ، وكذلك حل له شراء المجوسية والوثنية والمعتدة والمزوجة والمحرمات عليه بالرضاع والمصاهرة .

الفصل الثاني : أنه لا يجوز الجمع بين الاختين من أماته في الوطء نص عليه أحمد في رواية الجماعة وكراهه عمر وعثمان وعلي وعمار وابن مسعود ، ومن قال بتحريمه عبيد الله بن عبد الله بن عتبة وجابر بن زيد وطاوس ومالك والأوزاعي وأبو حنيفة والشافعي ، وروى عن ابن عباس أنه قال : أحلتها آية وحرمتها آية ولم أكن لأفعله ، ويروى ذلك عن علي أيضاً يريد بالحرمة قوله (وإن تجمعوا بين الاختين) وبالمحالة قوله تعالى (إلا على أزواجهن أو ما ملكت أيمانهم) .

وقد روى ابن منصور عن أحمد وسأله عن الجمع بين الاختين المملوكتين أحرام هو ؟ قال لا أقول حرام ولكن تنهى عنه ، وظاهر هذا أنه مكروه غير محرم ، وقال داود وأهل الظاهر لا يحرم استدلالاً بالآية المحالة لأن حكم الحرائر في الوطء يخالف لحكم الأماء ، ولهذا تحرم الزيادة على أربع في الحرائر وتباح في الأماء بغير حصر والمذهب تحريمه للآية المحرمة فإنه يريد بها الوطء والعقد جميعاً بدليل أن سائر المذكورات في الآية يحرم وطؤها والعقد عليهن ، وآية الحمل مخصوصة بالمحرمات جميعهن وهذه منهن ولأنها امرأة صارت فراشاً لحرمت أختها كالزوجة .

الفصل الثالث : أنه إذا كان في ملكه أختان فله وطء أحدهما في قول أكثرهم

أهل العلم : وقال الحكم وحماد : لا يقرب واحدة منها ، وروى ذلك عن النخعي وذكره أبو الخطاب مذهباً لأحمد .

ولنا أنه ليس يجمع بينهما في الفراش فلم يحرم كما لو كان في ملكه أحدهما فقط .
 الفصل الرابع : أنه إذا وطئ أحدهما فليس له وطء الأخرى قبل تحریم الموطوءة على نفسه بإخراج عن ملكه أو تزويج ، هذا قول علي وابن عمر والحسن والأوزاعي وإسحاق والشافعي ، فإن رهنها لم تحل له أختها لأن منعه من وطئها لحق المرتن لا لتحريمها ولهذا يحل له بإذن المرتن في وطئها ، ولأنه يقدر على فكها متى شاء واسترجاعها إليه ، وقال قتادة : إن استبرأها حلت له أختها لأنه قد زال فراشه ولهذا لو أتت بولد فنفاه بدعوى الاستبراء اتقى فاشبهه ما لو زوجها .

ولنا قول علي وابن عمر ، ولأنه لم يزل ملكه عنها ولا حلها له فاشبهه ما لو وطئت بشبهة فاستبرأها من ذلك الوطء ، ولأن ذلك لا يمنعه وطأها فلا يامن عوده إليها فيكون ذلك ذريعة إلى الجمع بينهما ، وإن حرم أحدهما على نفسه لم تنج الأخرى ، لأن هذا لا يحرمها إنما هو يمين يكفر ولو كان يحرمها إلا أنه لعارض متى شاء أزاله بالكفارة فهو كالحيض والنفس والإحرام والصيام ، وإن كاتب أحدهما فظاهر كلام الحرقي أنه لا تحل له الأخرى ، وقال أصحاب الشافعي تحل له الأخرى لأنها حرمت عليه بسبب لا يقدر على رفعه فاشبهه التزويج .

ولنا أنه بسبيل من استباحتها بما لا يقف على غيرهما فلم تنج له أختها كالمروهنة
 الفصل الخامس . أنه إذا أخرجها من ملكه لم تحل له أختها حتى يستبرأ المخرجة ، ويعلم برأيتها من الحمل ، ومتى كانت حاملاً منه لم تحل له أختها حتى تضع حملها ، لأنه يكون جامعاً مابيه في رحم أختين بمنزلة نكاح الأخت في عدة أختها .

(فصل) فإن وطئ أمتيه الأختين معاً فوطء الثانية محرم ولا حد فيه ، ولأن وطأه في ملكه ، ولأنها مختلف في حكمها وله سبيل إلى استباحتها بخلاف أخته من الرضاع المملوكة له ، ولا يحل له وطء أحدهما حتى يحرم الأخرى ويستبرأها

وقال القاضي وأصحاب الشافعي الأولى باقية على الحل لأن الوطء الحرام لا يحرم الحلال إلا أن القاضي قال : لا يطؤها حتى يستبرأ الثانية .

ولنا أن الثانية قد صارت فراشا له يلحقه نسب ولدها فحرمت عليه أختها كما لو وطئها ابتداء ، وقولهم أن الحرام لا يحرم الحلال ليس بخبر صحيح وهو متروك بما لو وطئ الأولى في حيض أو نفاس أو أحرام حرمت عليه أختها وتحرم عليه أمها وابنتها على التأيد ، وكذلك لو وطئ امرأة بشبهة في هذا الحال ولو وطئ امرأة حرمت عليه ابنتها سواء وطئها جراما أو حلالا .

الفصل السادس : أنه متى زال ملكه عن الموطوءة زوالا أحل له أختها فوطئها ثم عادت الأولى إلى ملكه فليس له وطء أحدهما حتى تحرم الأخرى بإخراج عن ملكه أو تزويج نص عليه أحمد ، وقال أصحاب الشافعي لا يحرم عليه واحدة منهما لأن الأولى لم تبق فراشا فأشبهه ما لو وطئ أمة ثم اشترى أختها . ولنا أن هذه صارت فراشا وقد رجعت إليه التي كانت فراشا فحرمت عليه كل واحدة منهما بكون أختها فراشا كما لو انفردت به ؛ فاما أن استفرش أمة واشترى أختها ، فإن المشتراة لم تكن فراشا له بل هي محرمة عليه باقتراض أختها ولو أخرج الموطوءة عن ملكه ثم عادت إليه قبل وطء أختها فهي حلال له وأختها محرمة عليه لأن أختها فراشه .

(فصل) وحكم المباشرة من الأماء فيما دون الفرج ، والنظر إلى الفرج بشهوة ، فيما يرجع إلى تحريم الاخت كحكمه في تحريم الريبة ، والصحيح أنه لا يحرم ، لأن الحل ثابت بقوله (أو ما ملكك إيمانكم) ومخالفة ذلك إنما ثبتت بقوله (وأن تجمعوا بين الاختين) والمراد به الجمع في العقد أو الوطء ولم يوجد واحد منهما ولا ما في معناه .

(فصل) وإن وطئ أمة ثم أراد نكاح أختها : فقد سئل أحمد عن هذا فقال : لا يجمع بين الاختين الامتين ؛ فيحتمل أنه أراد أن النكاح لا يصح وهي إحدى الروايات عن مالك ، قال القاضي : هو ظاهر كلام أحمد ، لأن النكاح نصير به المرأة فراشا فلم يجز أن ترد على فراش الاخت كالوطء ، ولأنه فعل في الاخت

ما ينافي إباحة اختها المفترشة ، فلم يجوز كالوطء ، ويحتمل أن يصح النكاح ، ولا يباح المنكوحه حتى تحرم اختها وهو مذهب أبي حنيفة ، قال أبو الخطاب وهو ظاهر كلام أحد لأنه سبب يستباح به الوطء لجواز أن يرد على وطء الاخت ، ولا يبيع كالشراء ، وقال الشافعي يصح النكاح وتحل له المنكوحه وتحرم اختها لأن النكاح أقوى من الوطء بملك اليمين فإذا اجتمعا وجب تقديم الأقوى ، ووجه الأول ما ذكرنا ، ولأن وطء مملوكته معنى يحرم اختها لعلة الجمع فمنع صحة نكاحها كالزوجة ويفارق الشراء فإنه لا يقصد به الوطء ولهذا صح شراء الاختين ومن لا يحل له ، وقولهم النكاح أقوى من الوطء ممنوع وإن سلم فالوطء أسبق فيقدم ويمنع صحة ما يطرا عليه مما ينافيه كالعدة تمنع ابتداء نكاح الاخت ؛ وكذلك وطء الامة يحرم نكاح ابنتها وأمها ، ولأن هذا بمنزلة نكاح الاخت في عدة أخذها لكونه لم يستبرأ الموطوءة .

(فصل) فإن زوج الامة الموطوءة أو أخرجها عن ملكه فله نكاح اختها فإن عادت الامة الى ملكه فالزوجة بحالها وحلها باق لان النكاح صحيح وهو أقوى ولا تحل له الامة ؛ وعنه أنه ينبغي أن تحرم احداها لان أمته التي كانت فراشا قد عادت إليه والمنكوحه مستفرشة ، فأشبه أمته التي وطئ احداها بعد تزويج الاخرى ثم طلق الزوج اختها وإن تزوج امرأة ثم اشترى اختها صح الشراء ولم تحل له لان النكاح كالوطء فأشبه ما لو وطئ أمته ثم اشترى اختها فإن وطئ أمته حرمت عليه حتى يستبرأ الامة ثم تحل له زوجته دون أمته لان النكاح أقوى وأسبق وإنما وجب الاستبراء لئلا يكون جامعا لمائه في رحم اختين ، ويحتمل أن يحرمها عليه جميعا حتى تحرم احداها كالامتين .

مسألة ، قال رحمه الله (وعمة الامة وخالتها في ذلك كأختها)

يعنى في تحريم الجمع بينهما في الوطء والتفصيل فيهما كالتفصيل في الاختين على ما ذكرنا .

مسألة ، قال (ولا بأس أن يجمع بين من كانت زوجته رجل وابنته من غيرها)

أكثر أهل العلم يرون الجمع بين المرأة ورببتها جائزا لا بأس به ، فعليه عبادة

ابن جعفر وصفوا ابن اميه ، وبه قال سائر الفقهاء الا الحسن وعكرمة وابن ابي ليلى ،
رويت عنهم كراهيته لان احدهما لو كانت ذكراً حرمت عليه الاخرى ، فأشبهه
المرأة وعمتها .

ولنا قوله الله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولانهما لا قرابة بينهما فأشبهتا
الاجنيتين ، ولان الجمع حرم خوفاً من قطيعه الرحم القريبه بين المتناسبين
ولا قرابة بين هاتين وبهذا يفارق ما ذكروه .

(فصل) ولو كان لرجل ابن من غير زوجته ولها بنت من غيره او كان له
بنت ولها ابن جاز تزويج احدهما من الآخر في قول عامة الفقهاء ، وحكى عن طاوس
كراهيته اذا كان عما ولدت المرأة بعد وطء الزوج لها ، والاوّل اولى لعموم الآية
والمعنى الذى ذكرناه فإنه ليس بينهما نسب ولا سبب يقتضى التحريم ، وكونه
اخاً لاختها لم يرد الشرع بأنه سبب للتحريم فبقى على الاباحة لعموم الآية ، ومنى
ولدت المرأة من ذلك الرجل ولداً صار عما لولد ولديهما وخالا .

(فصل) وان تزوج امرأة لم تحرم امها ولا ابنتها على ابيه ولا ابنه ، ففى
تزوج امرأة وزوج ابنه امها جاز لعدم اسباب التحريم ، فإذا ولد لكل واحد
منهما ولد كان ولد الابن خال ولد الاب وولد الاب عم ولد الابن ، ويروى ان
رجلاً أتى عبد الملك بن مروان فقال : يا امير المؤمنين انى تزوجت امرأة وزوجت
ابنى بأمها فأخبرنا ، فقال عبد الملك : ان اخبرتني بقرابة ولدك من ولد ابنك
اخبرتك ، فقال الرجل : يا امير المؤمنين هذا العريان بن الهيثم الذى وليته قائم
سيفك ان علم ذلك فلا تخبرنى ، فقال العريان : احدهما عم الاخر والاخر خاله .

(فصل) واذا تزوج رجل بامرأة وزوج ابنه بنتها او امها فزفت امرأة كل
واحد منهما الى صاحبه فوطئها فان وطئ الاول يوجب عليه مهر مثلها لانه وطئ
شبهه ويفسخ به نكاحها من زوجها لانها صارت بالوطء حليته ابنه او ابيه ويسقط
به مهر الموطوءة عن زوجها لان الفسخ جاء من قبلها بتمكينها من وطئها ومطاوعتها
عليه ولا شيء لزوجها على الواطئ لانه لم يلزمه شيء يرجع به ، ولان المرأة مشاركة
فى افساد نكاحها بالمطاوعة فلم يجب على زوجها شيء كما لو انفردت به .

ويحتمل أن يلزمه لزومها نصف مهر مثلها لأنه أفسد نكاحها قبل الدخول أشبه المرأة تفسد نكاحه بالرضاع، وينفسخ نكاح الواطيء أيضا لأن إمرأته صارت أما لموطوءته أو بنتا لها، ولها نصف المسمى، فأما وطء الثاني فيوجب مهر المثل للموطوءة خاصة فإن أشكل الأول انفسخ النكاحان ولكل واحدة مهر مثلها على واطئها ولا يثبت رجوع أحدهما على الآخر ويجب لامرأة كل واحد منهما على الآخر نصف المسمى ولا يسقط بالشك.

«مسألة، قال (وحزائر نساء أهل الكتاب وذبايحهم حلال لل مسلمين)»

ليس بين أهل العلم بمحمد الله اختلاف في حل حرائر نساء أهل الكتاب. وعن روى عنه ذلك عمر وعثمان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر وغيرهم، قال ابن المنذر ولا يصح عن أحد من الأوائل أنه حرم ذلك، وروى الحلال بإسناده أن حذيفة وطلحة والجارود بن المعلى وأذينة العبد تزوجوا نساء من أهل الكتاب، وبه قال سائر أهل العلم، وحرمة الامامية تمسكاً بقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولا تمسكوا بعصم الكوافر).

ولنا قول الله تعالى (اليوم أحل لكم الطيبات) — إلى قوله — والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتهم من أجورهم (وإجماع الصحابة فاما قوله سبحانه (ولا تنكحوا المشركات) فروى عن ابن عباس أنها منسخت بالآية التي في سورة المائدة، وكذلك ينبغي أن يكون ذلك في الآية الأخرى لأنها متقدمتان والآية التي في آخر المائدة متأخرة عنهما، وقال آخرون ليس هذا نسخا فإن لفظ المشركين بإطلاقه لا يتناول أهل الكتاب بدليل قوله سبحانه (لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين) وقال (إن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين) وقال (لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا) وقال (ما يود الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين) وسائر آي القرآن يفصل بينهما، فدل على أن لفظة المشركين، بإطلاقها غير متأولة لأهل الكتاب، وهذا معنى قول سعيد بن جبير وقادة ولأن ما احتجوا به عام في كل كافرة وآيتنا خاصة في حل أهل الكتاب والخاص يجب تقديمه.

إذا ثبت هذا فالأولى أن لا يتزوج كتابية لأن عمر قال للذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب «طلقوهن فطلقوهن إلا حذيفة فقال له عمر : طلقها ، قال : تشهد أنها حرام ؟ قال هي خمره طلقها ، قال تشهد أنها حرام ؟ قال هي خمره قال : قد عدت أنها خمره وليكنها لي حلال ، فلما كان بعد طلقها ، فقيل له ألا تطلقها حين أمرك عمر ؟ قال : كرهت أن يرى الناس أني ركبت أمراً لا ينبغي لي ، ولأنه ربما مال إليها قلبه ففتنته وربما كان بينهما ولد فيميل إليها .

(فصل)

وأهل الكتاب الذين هذا حكمهم هم أهل التوراة والانجيل ، قال الله تعالى (أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) فأهل التوراة اليهود والسامرة وأهل الانجيل النصارى ومن وافقهم في أصل دينهم من الأفرنج والأرمن وغيرهم وأما الصابئون فاختلف فيهم السلف كثيراً ، فروى عن أحد أنهم جنس من النصارى ، ونص عليه الشافعي وعلق القول فيهم في موضع آخر .

وعن أحمد أنه قال بلغني أنهم يستنون هؤلاء إذا شبهوا اليهود ، والصحيح فيهم أنهم إن كانوا يوافقون النصارى أو اليهود في أصل دينهم ويخالفونهم في فروعه فهم عن وافقوه وإن خالفوه في أصل الدين فليس هم منهم والله أعلم ، وأما من سوى هؤلاء من الكفار مثل المتمسك بصف إبراهيم وشيث وزبور داود فليسوا بأهل كتاب ولا تحل منا كحتهم ولا ذبائحهم وهذا قول الشافعي ، وذكر القاضي فيهم زجما آخر أنهم من أهل الكتاب وتحل ذبائحهم ونكاح نسائهم ويقرون بالجزية لأنهم تمسكوا بكتاب من كتب الله ، فأشبهوا اليهود والنصارى ولنا قول الله تعالى (أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) ولأن تلك الكتب كانت مواعظ وأمثالا لا أحكام فيها فلم يثبت لها حكم الكتب المشتملة على الأحكام .

(فصل) وليس للنجوس كتاب ولا تحل ذبائحهم ولا نكاح نسائهم ، نص عليه أحمد ، وهو قول عامة العلماء إلا أبا ثور فإنه أباح ذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم «سواء بهم سنة أهل الكتاب» ولأنه يروى أن حذيفة «تزوج مجوسية» ولأنهم يقرون بالجزية ، فأشبهوا اليهود والنصارى .

ولنا قول الله تعالى (ولا تشكعوا المشركات) وقوله (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) فرخص من ذلك في أهل الكتاب، فمن عداهم يبقى على العموم ولم يثبت أن للجوس كتابا .

وسئل أحمد أيصح عن علي أن للجوس كتابا ؟ فقال : هذا باطل واستعظمه جدا ، ولو ثبت أن لهم كتابا فقد بينا أن حكم أهل الكتاب لا يثبت لغير أهل الكتابين وقوله عليه السلام « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » دليل على أنه لا كتاب لهم وإنما أراد به النبي صلى الله عليه وسلم في حقن دماهم وإقرارهم بالجزية لا غير ، وذلك أنهم لما كانت لهم شبهة كتاب غلب ذلك في تحريم دماهم فيجب أن يغلب حكم التحريم لنسائهم وذبايحهم فإننا إذا غلبنا الشبهة في التحريم فتغلب الدليل الذي عارضته الشبهة في التحريم أولى ولم يثبت أن حذيفة تزوج بجوسية وضعف أحد رواية من روى عن حذيفة أنه تزوج بجوسية .

وقال أبو وائل يقول « تزوج يهودية » وهو أوثق ممن روى عنه أنه تزوج بجوسية ، وقال ابن سيرين كانت امرأة حذيفة نصرانية ومع تعارض الروايات لا يثبت حكم إحداهن إلا بترجيح ، على أنه لو ثبت ذلك عن حذيفة فلا يجوز الاحتجاج به مع مخالفة الكتاب وقول سائر العلماء ، وأما إقرارهم بالجزية فلا تغلبنا حكم التحريم لدماهم فيجب أن يغلب حكم التحريم في ذبايحهم ونسائهم .
(فصل) وسائر الكفار غير أهل الكتاب كمن عبد ما استحسن من الأصنام والأحجار والشجر والحيوان فلا خلاف بين أهل العلم في تحريم نسائهم وذبايحهم وذلك لما ذكرنا من الآيتين وعدم المعارض لهما ، والمرتدة يحرم نكاحها على أي دين كانت لأنه لم يثبت لها حكم أهل الدين الذي انتقلت إليه في إقرارها عليه ففي حلها أولى .

« مسألة » قال (وإذا كان أحد أبوي الكافرة كتابيا والآخر وثنيا لم ينكحها مسلم)

وجملته أنه إذا كان أحد أبوي الكتابية غير كتابي لم يحل نكاحها ، سواء كان وثنيا أو مجوسيا أو مرتدا ، وبهذا قال الشافعي فيما إذا كان الأب غير كتابي لأن

الولد ينسب إلى أبيه ويشرف بشرفه وينسب إلى قبيلته ، وإن كانت الأم غير
كتابية فله فيه قولان .

ولنا أنها غير متمحضة من أهل الكتاب فلم يجز للمسلم نكاحها كما لو كان
أبوها وثنيا ولأنها مولودة بين من يحل وبين من لا يحل فلم يحل كالسبع والبغل
ويحتمل أن تحل بكل حال لدخولها في عموم الآية المبيحة ولأنها كتابية تقرر على
دينها فاشبهت من أبواها كتائبان ، والحكم فيمن أبواها غير كتائبين كالحكم فيمن
أحد أبويها كذلك ذنبا إذا حرمت لكون أحد أبويها وثنيا فلأن تحرم إذا كانا
وثنيين أولى والاحتمال الذي ذكرناه ثم تحقق ههنا اعتبار الحال نفسها دون أبويها

مسألة ، قال (وإذا تزوج كتابية فانتقلت إلى دين آخر من الكفر غير دين
أهل الكتاب أجبرت على الإسلام فإن لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها)

الكلام في هذه المسألة في أصول أربعة ، الأول : أن الكتابي إذا انتقل إلى
غير دين أهل الكتاب لم يقر عليه ، لأن علم في هذا خلافا فإنه إذا انتقل إلى دين لا يقر
أهله بالجزية كعبادة الأوثان وغيرها مما يستحسنه فالأصل منهم لا يقر على دينه
فالمنتقل إليه أولى ، وإن انتقل إلى المجوسية لم يقر أيضا لأنه انتقل إلى أنقص من
دينه فلم يقر عليه كالمسلم إذا ارتد ، فأما أن انتقل إلى دين آخر من دين أهل الكتاب
كاليهود ينتصر أو النصراني يتهود ففيه روايتان .

أحدهما : لا يقر أيضا ، لأنه انتقل إلى دين باطل قد أقر بطلانه فلم يقر عليه
كالمرتد ، والثانية يقر عليه . نص عليه أحد ، وهو ظاهر كلام الحرق واختيار
الحلال وصاحبه ، وقول أبي حنيفة لأنه لم يخرج عن دين أهل الكتاب ، فأشبهه
المنتقل ، والشافعي قولان كالروايتين ، فأما المجوسي إذا انتقل إلى دين لا يقر أهله
عليه لم يقر كأهل ذلك الدين ، وإن انتقل إلى دين أهل الكتاب خرج فيه الروايتان
وسواء فيما ذكرنا الرجل والمرأة لعموم قوله عليه السلام « من بدل دينه فاقتلوه » ،
ولعموم المعنى الذي ذكرناه فيهما جميعا .

الفصل الثاني : أن المنتقل إلى غير دين أهل الكتاب لا يقبل منه إلا الإسلام
نص عليه أحد ، واختاره الحلال وصاحبه ، وهو أحد أقوال الشافعي لأن غير

الاسلام اديان باطلة قد اقر يطلانها فلم يقر عليها كالمرتد ، وعن أحد أنه لا يقبل الا الاسلام او الدين الذي كان عليه لان دينه الاول قد اقر وثابه عليه مرة ولم ينتقل الى غير منه ففكره عليه ان يرجع اليه ولأنه منتقل من دين يقر اهله عليه الى دين لا يقر اهله عليه فيقبل منه الرجوع اليه كالمرتد اذا رجع الى الاسلام .

وعن أحد رواية ثالثة انه يقبل منه أحد ثلاثة اشياء : الاسلام او الرجوع الى دينه الاول ، او دين يقر اهله عليه لعموم قوله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وان انتقل الى دين اهل الكتاب وقلنا لا يقر ، فقبه الروايتان ، احدهما : لا يقبل منه الا الاسلام ، والاخرى : لا يقبل منه الا الاسلام او الدين الذي كان عليه .

الفصل الثالث في صفة اجباره على ترك ما انتقل اليه ، وفيه روايتان . احدهما انه يقتل ان لم يرجع ، رجلا كان او امرأة لعموم قوله عليه السلام ومن بدل دينه فاقتلوه ، ولأنه ذمى نقض العهد فاشبهه ما لو نقضه بترك التزام الذمة وهل يستتاب ؟ يحتمل وجهين .

احدهما : يستتاب لأنه يسترجع عن دين باطل انتقل اليه فيستتاب كالمرتد . والثاني : لا يستتاب لأنه كافر أصلي ابيح قتله فاشبهه الحربي ، فعلى هذا ان يادر واسلم او رجع الى ما يقر عليه عصم دمه والا قتل .

والرواية الثانية عن أحمد قال : اذا دخل اليهودي في النصرانية رددته الى اليهودية ولم ادعه فيما انتقل اليه ، فقيل له اتقتله ؟ قال لا ولكن يضرب ويحبس ، قال وان كان نصرانيا او يهوديا فدخل في المجوسية كان اغلظ لآله لا تؤكل ذبيحته ولا تنكح له امرأة ولا يترك حتى يرد اليها ، فقيل له تقتله اذا لم يرجع ؟ قال انه لاهل ذلك : وهذا نص في أن الكتابي المنتقل الى دين آخر من دين اهل الكتاب لا يقتل بل يكره بالضرب والحبس .

الفصل الرابع : ان امرأة المسلم الذميه اذا انتقلت الى دين غير دين اهل الكتاب فهي كالمرتدة لان غير دين اهل الكتاب لا يحل نكاح نسائهم فتى كان قبل الدخول انفسخ نكاحها في الحال ولا مهر لها لأن النسخ من قبلها ، وان كان بعده وقف على انقضاء العدة في إحدى الروايتين ، والاخرى : ينفسخ في الحال ايضا .

« مسأله » قال (وأمته الكتايبه حلال له دون أمته المجوسية)

الكلام في هذه المسأله في فصلين : أحدهما : أن أمته الكتايبه حلال له . وهذا قول عامة أهل العلم إلا الحسن فإنه كرهه لأن الأمة الكتايبه يحرم نكاحها لحرم التبرى بها كالمجوسية .

ولنا قول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين) ولأنها بمن يحل نكاح حرأترهم لحل له التبرى بها كالمسلمة ، فأما نكاحها فيحرم لأن فيه إزقاق ولده وإبقائه مع كافرة بخلاف التبرى

الفصل الثاني : أن من حرم نكاح حرأترهم من المجوسيات وسائر الكوافر سوى أهل الكتاب لا يباح وطء الاماء منهم بملك اليمين في قول أكثر أهل العلم . منهم مرة الهذاني والزهري وسعيد بن جبیر والأوزاعي والثوري وأبو حنيفة ومالك والشافعي . قال ابن عبد البر : على هذا جماعة فقهاء الأمصار وجمهور العلماء وما خالفه فشذوذ لا يعد خلافا ، ولم يبلغنا إباحة ذلك إلا عن طاوس . ووجه قوله هجوم قوله تعالى (والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم) والآية الأخرى : روى أبو سعيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين بعثا قبل أوطاس فأصابوا منهم سبايا ، وكان ناسا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يخرجوا من غشيانهم من أجل أزواجهن من المشركين ، فأنزل الله عز وجل في ذلك (والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم) قال فمن لهم حلال إذا انقضت عدتهن ، وعنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في سبايا أوطاس ، لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة ، رواهما أبو داود وهو حديث صحيح . وهم عبدة أوثان . وهذا ظاهر في إباحتهن : ولأن الصحابة في عصر النبي صلى الله عليه وسلم كان أكثر سباياهم من كفار العرب ، وهم عبدة أوثان ، فلم يكونوا يرون تحريمهن لذلك ، ولا نقل عن النبي صلى الله عليه وسلم تحريمهن : ولا أمر الصحابة باجتنابهن ، وقد دفع أبو بكر إلى سلة بن الأكوع امرأة من بعض السبي نقلها إياه ، وأخذ عمر وإبنة من سبي هوازن وغيرهما من الصحابة ، والحنفية أم محمد بن الحنفية من سبي بني حنيفة ، وقد أخذ الصحابة سبايا فارس وهم مجوس

فلم يلبثنا أنهم اجتنبوا من ، وهذا ظاهر في إباحتهن لولا اتفاق أهل العلم على خلافه وقد أجبت عن حديث أبي سعيد بأجوبة ، منها أنه يحتمل أنهن أسلمن . كذلك روى عن أحمد أنه سأل محمد بن الحكم قال قلت لأبي عبد الله : هو أذن البس كانوا عبدة أو ثان ؟ قال لا أدري كانوا أسلموا أو لا ؟
وقال ابن عبد البر : إباحة وطنهن منسوخة بقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن)

، سأل ، قال (وليس للسلم وإن كان عبداً إن يتزوج أمة كناية)

لأن الله تعالى قال (من فتياتكم المؤمنات) هذا ظاهر مذهب أحمد رواه عنه جماعة ، وهو قول الحسن والزهري ومكحول ومالك والشافعي والثوري والأوزاعي والليث وإسحاق . وروى ذلك عن عمر وابن مسعود ومجاهد ، وقال أبو ميسرة وأبو حنيفة : يجوز للسلم نكاحها لأنها تحل بملك اليمين خلعت بالنكاح كالمسلة .

ونقل ذلك عن أحمد قال : لا بأس بتزويجها ، إلا أن الحلال رد هذه الرواية وقال : إنما توقف أحمد فيها ولم ينفذ له قول ، ومذهبه أنها لا تحل لقول الله تعالى (فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات) فشرط في إباحة نكاحهن الأيمان ولم يوجد ، وتفارق المسلمة لأنه لا يؤدي إلى استرقاق الكافر ولدها ، لأن الكافر لا يقر ملكه على مسلمة ، والكافرة تكون ملكاً لكافر ويقر ملكه عليها وولدها مملوك لسيدها ، ولأنه عقد اعتوره نقصان ، نقص الكفر والملك ، فإذا اجتمعا منعا كالمجوسية لما اجتمع فيها نقص الكفر ، وعدم الكتاب لم يبيح نكاحها ولا فرق بين الحر والعبد في تحريم نكاحها لعدم ما ذكرنا من الدليل ، ولأن ما حرم على الحر تزويجه لأجل دينه حرم على العبد كالمجوسية

، سأل ، قال (ولا لحر مسلم أن يتزوج أمة مسلمة إلا أن لا يجد طولاً لحرمة مسلمة) ويخاف العنت (

الكلام في هذه المسألة في شيئين : أحدهما أنه يحل له نكاح الأمة المسلمة

إذا وجد فيه الشرطان ، عدم الطول وخوف العنت ، وهذا قول عامة العلماء لأنهم بينهم اختلافاً فيه ، والأصل فيه قول الله سبحانه (ومن لم يستطع منكم طويلاً) الآية ، والصبر عنها مع ذلك خير وأفضل ، لقول الله تعالى (وأن تصبروا خير لكم) والثاني إذا عدم الشرطان أو أحدهما لم يحل نكاحها لحر ، روى ذلك عن جابر وابن عباس ، وبه قال عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن دينار ومكحول ومالك والشافعي وإسحاق .

وقال مجاهد : بما وسع الله على هذه الأمة نكاح الأمة وإن كان موسراً ، وبه قال أبو حنيفة : إلا أن يكون تحت حرة ، لأن القدرة على النكاح لا تمنع النكاح كما يمنع وجود النكاح ، كنكاح الاخت والخامسة ، وقال قتادة والثوري إذا خاف العنت حل له نكاح الأمة ، وإن وجد الطول ، لأن إباحتها لضرورة خوف العنت ، وقد وجدت فلا يندفع إلا بنكاح الأمة فأشبهه عدم الطول ولنا قول الله تعالى (ومن لم يستطع منكم طويلاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات - إلى قوله - ذلك لمن خشى العنت منكم) فشرط في نكاحها عدم استطاعة الطول ، فلم يجوز مع الاستطاعة كالصوم في كفارة الظهار مع عدم استطاعة الاعتاق ، ولأن في تزويج الأمة أرقاق ولده مع الغنى عنه فلم يجوز ، كما لو كان تحت حرة ، وقياسهم ليس بصحيح ، فإن نكاح الخامسة والاخت إنما حرم لأجل الجمع وبالقدرة على الجمع لا يصير جامعاً ، والله ههنا هو الغنى عن أرقاق ولده ، وذلك يحصل بالقدرة على نكاح الحرة ، وأما من يجد الطول ويخاف العنت ، فإن كان ذلك لكونه لا يجد إلا حرة صغيرة أو غائبة أو مريضة لا يمكن وطؤها ، أو وجد مالا ولم يتزوج لقصور نسبه ، فله نكاح الأمة لأنه عاجز عن حرة تعفه ، وإن كانت الحرة في حباله غيره فله نكاح أمه ، نص عليه أحمد في الغائبة وهو ظاهر مذهب الشافعي

وقال بعضهم : لا يجوز لوجدان الطول

ولنا أنه غير مستطيع الطول إلى حرة تعفه فأشبهه من لا يجد شيئاً ، ألا ترى أن الله سبحانه جعل ابن السبيل الذي له اليسار في بلده فقيراً لعدم قدرته عليه في الحال ؟ فإن كانت له حرة يتمكن من وطئها والعفة بها فليس يخاف العنت

(فصل) وإن قدر على تزوج كناية تعفه لم يحل له نكاح الأمة ، وهذا ظاهر
 مذهب الشافعي ، وذكر وجه آخر أنه يجوز لقول الله تعالى (ومن لم يستطع
 منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات) وهذا غير مستطیع لذلك
 ولنا قول الله تعالى (ذلك لمن خشي العنت منكم) وهذا غير خائف له ؛ ولأنه
 قدر على صيانة ولده عن الرق ، فلم يجوز له إرقاقه ، كما لو قدر على نكاح مؤمنة .

(فصل) ومن كانت تحته حرة يمكنه أن يستعف بها لم يجوز له نكاح أمة ، لأنهم
 في هذا خلافا ، ولا فرق بين الكناية والمسئلة في ذلك لما ذكرنا من قبل
 (فصل) فإن لم يجد طولا ، لكن وجد من يقرضه ذلك لم يلزمه ، لأن عليه
 ضررا في بقاء الدين في ذمته ولصاحبه مطالبة به في الحال ، وكذلك إن رضيت
 الحرة بتأخير صداقها أو تفويض بعضها ، لأن لها مطالبة بموضه ، وكذلك إن
 بذل له بأذل أن يزنه عنه أو يهبه إياه ، لم يلزمه قبوله لما عليه من ضرر المنة وله في
 ذلك كله نكاح الأمة ، وإن لم يجد من يزوجه إلا بأكثر من مهر المثل وكان قادرا
 عليه ولا يجهف به ، لم يكن له نكاح الأمة ، وقال أصحاب الشافعي له ذلك ،
 كما لو لم يجد الماء إلا بزيادة عن ثمن المثل فله التيمم

ولنا قول الله تعالى (فمن لم يستطع منكم طولا) وهذا مستطیع ، ولأنه قادر
 على نكاح حرة بما لا يضره فلم يجوز له إرقاق ولده ، كما لو كان بمهر عتلا ، ولا نسلم
 ما ذكروه في التيمم ، ثم هذا مفارق للتيمم من وجهين :
 أحدهما أن التيمم رخصة عامة . وهذا أيسر للضرورة ومع القدرة على الحرة
 لا ضرورة . والثاني أن التيمم يتكرر ، فإيجاب شرائه بزيادة على ثمن المثل يفضي
 إلى الإجحاف به ، وهذا لا يتكرر ، فلا ضرر فيه

(فصل) وإن كان في يده مال فذكر أنه معسر وأن المال لغيره ، قالوا
 قوله لأنه حكم بينه وبين الله تعالى فقبل قوله فيه ؛ كما لو ادعى عفاة العنت ، ومنى
 تزوج الأمة ثم أقر أنه كان موسرا حال النكاح فرق بينهما ؛ لأنه أقر بفساد نكاحه
 وهكذا إن أقر أنه لم يكن يخشى العنت ، فإن كان قبل الدخول وصدقه السيد فلا
 مهر وإن كذبه فله نصف المسمى لأنه يدعى صحة النكاح والأصل معه ، وإن كان

بعد التحويل فعليه المسمى جميعه ، الا أن يكون مهر المثل أكثر ، فعلى قول من أوجب مهر المثل في النكاح الفاسد يلزمه مهر المثل لإقراره به ، فإن كان المسمى أكثر وجب والسيد أن لا يصدقه فيما قال ، فيكون له من المهر ما يجب في النكاح الفاسد ، وهل ذلك المسمى أو مهر المثل ؟ على روايتين

، مسأله ، قال (ومتى عقد عليها وفيه الشرطان عدم الطول وخوف العنت ثم أبسر لم يفسخ النكاح)

هذا ظاهر المذهب وهو مذهب الشافعي ، وفي المذهب وجه آخر أنه يفسد النكاح ، وهو قول المزني ، لانه انما أبيع للحاجة ، فإذا زالت الحاجة لم يجز له استدامته كن أبيع له أكل الميتة للضرورة ، فإذا وجد الحلال لم يستدمه . ولنا أن فقد الطول أحد شرطى إباحة نكاح الأمة فلم تعتبر استدامته كخوف العنت ، ويفارق أكل الميتة ، فإن أكلها بعد القدرة ابتداء للأكل ، وهذا لا يبتدىء . النكاح إنما يستديمه ، والاستدامة للنكاح تخالف ابتدائه ، بدليل أن العدة والردة وأمن العنت يمنع ابتدائه دون استدامته .

(فصل)

وان تزوج على الأمة حرة صح ، وفي بطلان نكاح الأمة روايتان . أحدها لا يبطل ، وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء والشافعي وأصحاب الرأي . وروى معنى ذلك عن علي رضي الله عنه . والرواية الثانية يفسخ نكاح الأمة ، وهو قول ابن عباس ومسروق وإسحاق والمزني ، ووجه الروايتين ما تقدم في المسأله . وقال النخعي : ان كان له من الأمة ولد لم يفارقها والا فارقها ، ولا يصح لأن ما كان مبطلا للنكاح في غير ذات الولد أبطله في ذات الولد كسائر مبطلاته ، ولأن ولده منها مملوك لسيدتها وتفقته عليه ، وقد استدل على بقاء النكاح بما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال : اذا تزوج الحرة على الأمة قسم للحرة ليلتين وللأمة ليلة ، فإنه لو بطل بنكاح الحرة لبطل بالقدرة عليه ، فإن القدرة على المبدل كاستعماله ، بدليل الماء مع التراب

، مسأله ، قال (وله أن ينكح من الإماء أربعا اذا كان الشرطان فيه قائمين)

اختلفت الرواية عن أحمد في إباحة أكثر من أمة إذا لم تعفه ، فعنه أنه قال :
إذا خشي العنت تزوج أربعا إذا لم يصبر كيف يصنع ؟ وهذا قول الزهري والحارث
العكلي ومالك وأصحاب الرأي

والرواية الثانية قال أحمد : لا يعجبنى أن يتزوج إلا أمة واحدة ، يذهب إلى
حديث ابن عباس ، وهو ما روى عن ابن عباس ، أن الحر لا يتزوج من الإماء
إلا واحدة وقرأ (ذلك لمن خشي العنت منكم) وبه قال قتادة والشافعي وابن المنذر
لأن من له زوجة يمكنه وطؤها لا يخشى العنت . ووجه الأولى قوله تعالى (ومن
لم يستطع منكم طولا) الآية ، وهذا داخل في عمومها ، ولأنه عادم للطول خائف
للعنت فجاز له نكاح أمة كالأولى

وقولهم ، لا يخشى العنت ، قلنا الكلام فيمن يخشاه ولا نبيحه إلا له ، وقول
ابن عباس يحمل على من لم يخش العنت ، فكذلك الرواية الأخرى عن أحمد ،
وإن تزوج حرة فلم تعفه . فذكر فيها أبو الخطاب روايتين مثل نكاح الأمة في
حق من تحته أمة لم تعفه لما ذكرنا ، وإن كانت الحرة تعفه فلا خلاف في تحريم
نكاح الأمة ، وإن نكح أمة تعفه لم يكن له أن ينكح أخرى ، فإن نكحها فزكاحها
باطل لأنه يطل في أحدها ، وليست أحدها بأولى من الأخرى ، فبطل كالأولى
جمع بين أختين .

(فصل) وللعبد أن ينكح الأمة وإن فقد فيه الشرطان لأنه مساو لها فلم
يعتبر فيه هذان الشرطان كالحر مع الحرة ، وله نكاح أمتين معا وواحدة بعد
واحدة لأن خشية العنت غير مشروطة فيه ، وإن تزوج حرة وقلنا ليست الحرة
شرطا في نكاح الحرة فهل له أن ينكح أمة ؟ فيه روايتان : أحدها له ذلك ،
وهو قول مالك والشافعي لأنها مساوية له فلم يشترط لصحة نكاحها عدم الحر
كالحر مع الحرة ، ولأنه لو اشترط عدم الحرة لاشترط عدم القدرة عليها ، كما في
حق الحرة (والثانية) لا يجوز ، وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي ، لأنه يروى
عن سعيد بن المسيب أنه قال : تنكح الحرة على الأمة ولا تنكح الأمة على الحرة
ولأنه مالك لم يضع حرة فلم يكن له أن يتزوج أمة كالحر ، وإن عقد النكاح عليها جميعا
صح فيها لأن كل واحدة يجوز أفرادها بالنقد ، فجاز بالجمع بينهما كالأمتين

(فصل) وإذا زنت المرأة لم يحل لمن يعلم ذلك نكاحها إلا بشرطين .
أحدهما : انقضاء عدتها فإن حملت من الزنا فقتضاء عدتها بوضعه ولا يحل
نكاحها قبل وضعه ، وبهذا قال مالك وأبو يوسف وهو إحدى الروايتين عن
أبي حنيفة ، وفي الأخرى قال يحل نكاحها ويصح ، وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه
وطء لا يلحق به النسب فلم يحرم النكاح كما لو لم تحمل .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقى
مائه زرع غيره ، يعني وطء الحوامل ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : لا توطأ
حامل حتى تضع ، صحيح وهو عام ، وروى عن سعيد بن المسيب : أن رجلاً تزوج
امراًة فلما أصابها وجدها حبل فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم ففرق بينهما
وجعل لها الصداق وجعلها مائة ، رواه سعيد : و رأى النبي صلى الله عليه وسلم
امراًة مججاً (١) على باب فسطاط فقال : لعله يريد أن يلم بها ؟ قالوا نعم ، قال لقد
صممت أن ألعنه لعنا يدخل معه قبره . كيف يستخدمه وهو لا يحل له ؟ أم كيف
يورثه وهو لا يحل له ؟ ، أخرجه مسلم ، ولأنها حامل من غيره لحرم عليه نكاحها
كسائر الحوامل .

وإذا ثبت هذا لزمها العدة وحرم عليها النكاح فيها لأنها في الأصل لمعرفة
برائة الرحم ، ولأنها قبل العدة يحتمل أن تكون حاملاً فيكون نكاحها باطلاً فلم
يصح كالوطء شبهة ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا عدة عليها لأنه وطء لا نصير
به المرأة فراشا فأشبهه وطء الصغير .

ولنا ما ذكرناه لأنه إذا لم يصح نكاح الحامل فغيرها أولى لأن وطء الحامل
لا يفضي إلى اشتباه النسب ، ويحتمل أن يكون ولدها من الأول ويحتمل أن يكون
من الثاني فيفضي إلى اشتباه الأنساب فكان بالتحريم أولى ، ولأنه وطء في القبل
فاوجب العدة كوطء الشبهة ولا نسلم وطء الصغير الذي يمكن منه الوطء ،
والشرط الثاني أن تتوب من الزنا . قاله قتادة وإسحاق وأبو عبيد ، وقال أبو حنيفة
ومالك والشافعي لا يشترط ذلك لما روى أن عمر ضرب رجلاً وامراًة في الزنا

(١) مجيم ثم جاء مهملة هي الحامل قرية الولادة .

وحرص أن يجمع بينهما فابى الرجل ، وروى أن رجلا سأل ابن عباس عن نكاح الزانية فقال : يجوز ، أرايت لو سرق من كرم ثم ابتاعه أكان يجوز ؟ . .

ولنا قول الله تعالى : الزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك - إلى قوله - وحرم ذلك على المؤمنين) وهي قبل التوبة في حكم الزنا فإذا تابت زال ذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم : التائب من الذنب كمن لا ذنب له ، وقوله : التوبة تمحو الحوبة ، وروى : أن مرثدا دخل مكة فرأى امرأة فاجرة يقال لها عناق فدعته إلى نفسها فلم يجبها ، فلما قدم المدينة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أنكح عناقا ؟ فلم يجبه فأنزل الله تعالى (الزانى لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك) فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم ففلا عليه الآية وقال : لا تنكحها ، ولأنها إذا كانت مقيمة على الزنا لم يامن أن تلحق به ولد غيره وتفسد فراشه ، فأما حديث عمر فالظاهر أنه استتابها وحديث ابن عباس ليس فيه بيان ولا تعرض له لمحل النزاع .

إذا ثبت هذا فإن عدة الزانية كعدة المطلقة لانه استبراء لحرة فاشبه عدة الموطوءة بشبهة : وحكى ابن أبى موسى أنها تستبرأ بحيضة لانه ليس من نكاح ولا شبهة نكاح فاشبه استبراء أم الولد إذا عتقت .

وأما التوبة فهي الاستغفار والندم والاقلاع عن الذنب كالتوبة من سائر الذنوب ، وروى عن ابن عمر أنه قيل له : كيف تعرف توبتها ؟ قال يريد بها على ذلك فإن طوعته فلم تنب ، وإن أبت فقد تاب ، فصار أحد إلى قول ابن عمر اتباما له ، والصحيح الأول فإنه لا ينبغي لمسلم أن يدعو امرأة إلى الزنا ويطلبه منها ولأن طلبه ذلك منها إنما يكون في خلوة ولا تحل الخلوة بأجنبية ولو كان في تعليمها القرآن فكيف يحل في مروادتها على الزنا ؟ ثم لا يامن أن أجابته إلى ذلك أن تعود إلى المعصية فلا يحل التعرض لمثل هذا : ولأن التوبة من سائر الذنوب وفي حق سائر الناس وبالنسبة إلى سائر الأحكام على غير هذا الوجه فكذلك يكون هذا .

(فصل) وإذا وجد الشرطان حل نكاحها للزاني وغيره في قول أكثر أهل العلم منهم أبو بكر وعمر وابنه وابن عباس وجابر بن زيد وعطاء والحسن وعكرمة

والزهري والثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي ، وروى عن ابن مسعود والبراء بن عازب وعائشة أنها لا تحل للزاني بحال قالوا لا يزالان زانيين ما اجتماعا لعموم الآية والخبر ، ويحتمل أنهم أرادوا بذلك ما كان قبل التوبة أو قبل استبرائها فيكون كقولنا ، فأما تحريمها على الإطلاق فلا يصح لقول الله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم) ولأنها محلة لغير الزاني فحلت له كغيرها .

فصل

وإن زنت امرأة رجل أو زنى زوجها لم يفسخ النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده في قول عامة أهل العلم وبذلك قال مجاهد وعطاء والنخعي والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، وعن جابر بن عبد الله أن المرأة إذا زنت يفرق بينها وليس لها شيء ، وكذلك روى عن الحسن وعن علي رضي الله عنه أنه فرق بين رجل وامرأته زنى قبل الدخول بها واحتج لهم بأنه لو قذفها ولا عنها بانت منه لتحقيقه الزنا عليها فدل على أن الزنا يبينها .

ولنا أن دعواه الزنا عليها لا يبينها ولو كان النكاح يفسخ به لانفسخ بمجرد دعواه كالرضاع ، ولأنها معصية لا تخرج عن الإسلام فأشبهت السرقة ، فأما اللعان فإنه يقتضى الفسخ بدون الزنا بدليل أنها إذا لاعنته فقد قابلته فلم يثبت زناها ولذلك أوجب النبي صلى الله عليه وسلم الحد على من قذفها والفسخ واقع ولكن أحد استحب للرجل مفارقة امرأته إذا زنت وقال : لا أرى أن يمك مثل هذه وذلك أنه لا يؤمن أن تفسد فراشه وتلاحق به ولدا ليس منه .

قال ابن المنذر لعل من كره هذه المرأة إنما كرهها على غير وجه التحريم فيكون مثل قول أحمد هذا ، قال أحمد ولا يطؤها حتى يستبرئها بثلاث حيض ، وذلك لما روى رويغ بن ثابت قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يوم حنين لا يحمل لامرأة يؤمن بالله واليوم الآخر يسقى ماء زرع غيره ، يعني أتيان الحبال ، ولأنها ربما تأتي بولد من الزنا فينسب إليه والأولى أنه يكفى استبرائها بالحيضة الواحدة لأنها تكفى في استبراء الإمام وفي أم الولد إذا عتقت بموت سيدها أو باعتاق سيدها فيكفى ههنا والمتصوص ههنا مجرد الاستبراء وقد حصل بحيضة فيكفى بها .

فصل

واذا علم الرجل من جاريته الفجور فقال أحد : لا يطؤها لعلها تلحق به ولداً ليس منه ، قال ابن مسعود أكره أن أظا أمتي وقد بنت ، وروى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان ينهى أن يطأ الرجل أمته وفي بطنها ولد جنين لغيره ، قال ابن عبد البر : هذا يجمع على تحريمه ، وكان ابن عباس يرخص في وطء الأمة الفاجرة : وروى ذلك عن سعيد بن المسيب ، ولعل من كره ذلك كرهه قبل الاستبراء أو إذا لم يحصنها أو بمنعها من الفجور ومن أباحه بعدها فيكون القولان متفقين والله أعلم .

« مسألة ، قال (ومن خطب امرأة فلم تسكن إليه فغيره خطبتها)

الخطبة - بالكسر - خطبة الرجل المرأة لينكحها ، والخطبة - بالضم - هي حمد الله والتشهد ولا يخلو حال المخطوبة من ثلاثة أقسام : أحدها : أن تسكن الى المخاطب لها فتجيبه أو تأذن لوليها في اجابته أو تزويجه فهذه يحرم على غير خاطبها خطبتها ، لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه ، وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك ، متفق عليها ، ولأن في ذلك افساداً على المخاطب الأول وإيقاع العداوة بين الناس ولذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الرجل على بيع أخيه ولا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم إلا أن قوما حملوا النهي على الكراهة والظاهر أولى .

القسم الثاني : أن ترده أو لا تركز إليه فهذه يجوز خطبتها ، لما روت فاطمة بنت قيس : « أنها أتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت أن معاوية وأبا جهم خطباها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أما معاوية فصعلوك لا مال له وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه . انكحى أسامة بن زيد ، متفق عليه . فخطبها النبي صلى الله عليه وسلم بعد اخبارها إياه بخطبة معاوية وأبي جهم لها . ولأن تحريم خطبتها على هذا الوجه اضرار بها فإنه لا يشاء أحد أن يمنع المرأة النكاح إلا منعها بخطبتها إياها وكذلك لو عرض لها في عدتها بالخطبة فقال لا تفوتيني بنفسك .

وأشبه هذا لم تحرم خطبتها لأن في قصة فاطمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها : لا تفوتي نفسك ، ولم ينكر خطبة أبي جهم ومعاوية لها .

وذكر ابن عبد البر أن ابن وهب روى بإسناده عن الحارث بن سعد بن أبي ديان ، أن عمر بن الخطاب خطب امرأة علي جرير بن عبد الله وعلى مروان بن الحكم وعلى عبد الله بن عمر ، فدخل على المرأة وهي جالسة في بيتها فقال عمر إن جرير ابن عبد الله يخطب وهو سيد أهل المشرق ، ومروان يخطب وهو سيد شباب قريش ، وعبد الله بن عمر وهو من قد علمتم ، وعمر بن الخطاب ، فكشفت المرأة الست فقالت : اجاد أمير المؤمنين ؟ فقال : نعم ، فقالت فقد انكحت أمير المؤمنين فأنكحوه ، فهذا عمر قد خطب علي واحد بعد واحد قبل أن يعلم ما تقول المرأة في الأول .

القسم الثالث . أن يوجد من المرأة ما يدل على الرضى والسكون تعريضا لا تصريحاً كقولها ما أنت إلا رضى وما عنك رغبة ، فهذه في حكم القسم الأول لا يحل لغيره خطبتها ، هذا ظاهر كلام الحرق وظاهر كلام أحمد فإنه قال إذا ركن بعضهم إلى بعض فلا يحل لأحد أن يخطب والركون يستدل عليه بالتعريض تارة وبالتصريح أخرى ، وقال القاضى ظاهر كلام أحمد إباحة خطبتها وهو مذهب الشافعى في الجديد لحديث فاطمة حيث خطبها النبي صلى الله عليه وسلم وزعموا أن الظاهر من كلامها ركونها إلى أحدهما واستدل القاضى بخطبة لها قبل سؤالها هل وجد منها ما دل على الرضى أو لا ؟

ولنا عموم قوله عليه السلام ، لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه ، ولأنه وجد منها ما دل على الرضى به وسكونها إليه فحرمت خطبتها كما لو صرحت بذلك ، وأما حديث فاطمة فلا حجة لهم فيه فإن فيه ما يدل على أنها لم تركز إلى واحد منهما من وجهين .

أحدهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم قد كان قال لها ، لا تسبقينى بنفسك . وفي لفظ . لا تفوتينى بنفسك . وفي رواية . إذا حلت فأذنينى ، فلم تكن لتفعلن بالإجابة قبل أن تؤذن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

والثاني : أنها ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم كالمستشارة له فيها
أو في العدول عنهما إلى غيرهما وليس في الاستشارة دليل على ترجيح أحد الأمرين
ولا ميل إلى أحدهما على أنها إنما ذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم لترجع إلى قوله
ورأيه وقد أشار عليها بتركهما لما ذكرنا من عيبهما فجرى ذلك مجرى ردها لهما
وتصريحهما بمنعهما ، ومن وجه آخر : أن النبي صلى الله عليه وسلم قد سبقهما بخطبتهما
تبريضا بقوله لما ذكرنا فكانت خطبته بعدها مبنية على الخطبة السابقة لها
بخلاف ما نحن فيه .

(فصل)

والتعويل في الرد والاجابة على الولي ان كانت مجبرة وعليها ان لم تكن مجبرة
لأنها أحق بنفسها من وليها ولو أجاب هو ورغبت عن النكاح كان الأمر أمرها
وان أجاب وليها فرضيت فهو كاجابتها وان منخلت فلا حكم لاجابته لأن الحق
لها . ولو أجاب الولي في حق المجبرة فكرهت المجاب واختارت غيره سقط حكم
إجابة وليها لكون اختيارها مقدما على اختياره ، وان كرهته ولم تجز سواه فينبغي
أن يسقط حكم الاجابة أيضا لأنه قد أمر باستثمارها فلا يبغي له أن يكرها على
مالا ترضاه ، وان أجابته ثم رجعت عن الاجابة ومنخلته زال حكم الاجابة لأن
لها الرجوع ، وكذلك إذا رجع الولي المجير عن الاجابة زال حكمها لأن له النظر
في أمر موليته ما لم يقع العقد ، وان لم ترجع هي ولا وليها ولكن ترك المخطوب
الخطبة أو أذن فيها جازت خطبتها لما روى في حديث ابن عمر عن النبي صلى الله
عليه وسلم ، أنه نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ياذن له أو يترك ،
رواه البخاري .

(فصل) وخطبة الرجل على خطبة أخيه في موضع النهي محرمة ، قال أحمد
لا يحل لأحد أن يخطب في هذه الحال ، وقال أبو جعفر العكبري هي مكروهة
غير محرمة . وهذا نهى تأديب لا تحريم

ولنا ظاهر النهي فإن مقتضاه التحريم ولأنه نهى عن الأضرار بالأدنى المصوم
فكان على التحريم كالنهي عن أكل ماله وسفك دمه فإن فعل فتكاحه صحيح نص
عليه أحمد فقال لا يفرق بينهما ، وهو من ذهب الشافعي .

وروى عن مالك وداود أنه لا يصح وهو قياس قول أبي بكر لأنه قال في البيع على بيع أخيه هو باطل وهذا في معناه ووجهه أنه نكاح منى عنه فكان باطلا كنكاح الضار .

ولنا أن المحرم لم يشارك العقد فلم يؤثر فيه كالأمر صرح بالخطبة في العدة .

(فصل) ولا يكره للولي الرجوع عن الإجابة إذا رأى المصلحة لها في ذلك لأن الحق لها وهو نائب عنها في النظر لها فلا يكره له الرجوع الذي رأى المصلحة فيه كالأمر ساوم في بيع دارها ثم تبين له المصلحة في تركها ولا يكره لها أيضا الرجوع إذا كرمت الحاطب لأنه عقد عمرى يدوم الضرر فيه فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في حفظها وإن رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من اخلاف الوعد والرجوع عن القول ولم يحرم لأن الحق بعد لم يلزمها كمن سام سلمة ثم بدا له ألا يبيعها .

(فصل) فإن كان الحاطب الأول ذميا لم تحرم الخطبة على خطبته نص عليه أحمد فقال : لا يخطب على خطبة أخيه ولا يساوم على سوم أخيه إنما هو للمسلمين ولو خطب على خطبة يهودى أو نصرانى أو استام على سومهم لم يكن داخلا في ذلك لأنهم ليسوا بأخوة المسلمين ، وقال ابن عبد البر : لا يجوز أيضا لأن هذا خرج مخرج الغالب لا لتخصيص المسلم به .

ولنا أن لفظ النسي خاص في المسلمين والحقا غير به إنما يصح إذا كان مثله وليس الذى كالمسلم ولا حرمة كحرمة ، ولذلك لم تجب اجابتهم في دعوة الوليه ونحوها ، وقوله خرج مخرج الغالب ، قلنا متى كان في الخصوص بالذكر معنى يصح أن يعتبر في الحكم لم يجوز حذفه ولا تعدية الحكم بدونه ، وللأخوة الإسلامية تأثير في وجوب الاحترام وزيادة الاحتياط في رعاية حقوقه وحفظ قلبه واستبقاء مودته فلا يجوز خلاف ذلك . والله أعلم .

مسألة ، قال (ولو عرض لها وهي في العدة بأن يقول : انى في مثلك لراغب وإن قضى شيء كان ، وما أشبهه من الكلام مما يدلها على رغبته فيها فلا بأس إذا لم يصرح)

وجملة ذلك أن المعتدات على ثلاثة أضرب : معتدة من وفاة أو طلاق ثلاث ، أو فسخ لتحريمها على زوجها كالفسخ برضاع أو لعان ونحوه مما لا يحل بعده لزوجها فمذه يجوز التعريض بخطبتها في عدتها لقول الله تعالى (ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء) ولما روت فاطمة بنت قيس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها لما طلقها زوجها ثلاثا ، إذا حلت فأذني - وفي لفظ - لا تسبقني بنفسك - وفي لفظ - لا تفوتينا بنفسك ، وهذا تعريض بخطبتها في عدتها ولا يجوز التصريح لأن الله تعالى لما خص التعريض بالإباحة دل على تحريم التصريح ولأن التصريح لا يحتمل غير النكاح فلا يؤمن أن يحملها الحرص عليه على الإخبار بانقضاء عدتها قبل انقضائها والتعريض بخلافه .

القسم الثاني : الرجعية فلا يحل لأحد التعريض بخطبتها ولا التصريح لأنها في حكم الزوجات فهي كالتى في صلب نكاحه .

القسم الثالث : بأن يحل لزوجها نكاحها كالمختلعة والبان فسخ لغيره أو إحصار ونحوه فلزوجها التصريح بخطبتها والتعريض لأنها مباحة له نكاحها في عدتها فهي كغير المعتدة وهل يجوز لغيره التعريض بخطبتها ؟ فيه وجهان وللشافعي فيه أيضا قولان .

أحدهما : يجوز لعدم الآية ولأنها بآن فاشبهت المطلقة ثلاثا .

والثاني : لا يجوز لأن الزوج يملك أن يستبيحها فهي كالرجعية ، والمرأة في الجواب كالرجل في الخطبة فيما يحل ويحرم لأن الخطبة للعقد فلا يختلفان في حله وحرمة . إذا ثبت هذا فالتعريض أن يقول ائني في مثلك لراغب ورب راغب فيك وقال القاسم بن محمد : التعريض أن يقول انك على لكريمة وائني فيك لراغب وإن الله لسائق إليك خيرا أو رزقا .

قال الزهرى أنت جميلة وأنت مرغوب فيك ، وإن قال لا تسبقينا بنفسك أو لا تفوتينا بنفسك أو إذا حلت فأذني ونحو ذلك جاز ، قال مجاهد : مات رجل وكانت امرأته تتبع الجنائز فقال رجل لا تسبقينا بنفسك فقالت سبقك غيرك ، وتجيبه المرأة أن قضى شيء كان وما نرغب عنك وما أشبهه ، والتصريح هو اللفظ الذي لا يحتمل غير النكاح نحو أن يقول : زوجيني نفسك أو إذا انقضت عدتك تزوجتك .

ويمحتمل أن هذا معنى قوله تعالى (لا تواعدوهن سرّاً) فإن النكاح يسمى سرّاً
قال الشاعر :

فليس تطلبوا سرها للفتى ولن تسلبوها لأزهادها

وقال الشافعي : السر الجماع ، وأنشد لامرئ القيس

ألا زعمت بسبابة القوم اتنى كبرت وأن لا يحسن السر أمثالي

ومراعاة السر أن يقول عندى جماع يرضيك ونحوه ، وكذلك إن قال

رب جماع يرضيك ، فنهى عنه لما فيه من العجز والفحش والدناءة والسخف ..

(فصل) فإن صرح بالخطبة أو عرض في موضع يحرم التعريض ثم تزوجها

بمحلها صح نكاحه . وقال مالك : بطلانها تطليقة ثم يتزوجها وهذا غير صحيح

لأن هذا المحرم لم يقارن العقد فلم يؤثر فيه كما في النكاح الثاني أو كما لو رآها

متجردة ثم تزوجها .

(فصل) ويحرم على العبد نكاح سيده ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم

على أن نكاح المرأة عبدها باطل ، وروى الأثرم بإسناده عن أبي الزبير قال :

سألت جابراً عن العبد ينكح سيده فقال جاءت امرأة إلى عمر بن الخطاب ونحو

الجارية وقد نكحت عبدها فأنهرها عمر وهم أن يرجعها وقال لا يحل لك ، ولأن

أحكام النكاح مع أحكام الملك يتنافيان فإن كل واحد منهما يقتضى أن يكون

الآخر بحكمه يسافر بسفره ويقيم بإقامته وينفق عليه فيتنافيان .

(فصل) وليس للسيد أن يتزوج أمة : لأن ملك الرقبة يفيد ملك المنفعة

واباحة البضع فلا يجتمع معه عقد أضعف منه ولو ملك زوجته وهي أمة انفسخ

نكاحها وكذلك لو ملكت المرأة زوجها انفسخ نكاحها ولا نعلم في هذا خلافاً

ولا يجوز أن يتزوج أمة له فيها ملك ولا يتزوج مكاتبته لأنها مملوكة .

(فصل) ولا يجوز للحر أن يتزوج أمة ابنه لأن له فيها شبهة ، وهذا قول

أهل الحجاز ، وقال أهل العراق له ذلك لأنها ليست مملوكة له ولا تعتق بإعتاقه لها

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم ، أنت ومالك لأبيك ، ولأنه لو ملك جزءاً

من أمة لم يصح نكاحه لها فما هي مضائق البه بحملتها شرعاً أولى بالتحريم ، وكذلك

لا يجوز للعبد نكاح أم سيده أو سيده مع ما ذكرنا من الخلاف ويجوز للعبد أن يتزوج أمة ابنه لأن الرق يقطع ولايته عن أبيه وماله ولهذا لا يلى ماله ولا نكاحه ولا يرث أحدهما صاحبه فهو كالأجنبي منه .

(فصل) وللأبن نكاح أمة أبيه لأنه لا ملك له فيها ولا شبهة ملك فاشبه الأجنبي ، وكذلك سائر القربات ويجوز أن يزوج الرجل ابنته المملوكة إذا قلنا ليست الحرية شرطاً في الصحة ، ومتى مات الأب فورث أحد الزوجين صاحبه أو جزءاً منه انفسخ النكاح وكذلك إن ملكه أو جزءاً منه بغير الإرث ، لا نعلم فيه خلافاً إلا أن الحسن قال إذا اشترى امرأته للعتق فاعتقها حين ملكها فهما على نكاحهما ولا يصح لأنهما متافيان فلا يجتمعان قليلاً ولا كثيراً فيه جرد الملك لها انفسخ نكاحه سابقاً على عتقها ، وحكم المكاتب يتزوج بنت سيده أو سيده حكم العبد في أنه إذا مات سيده انفسخ نكاحه .

وقال أصحاب الرأي : النكاح بحاله لأنها لا تملكه إنما لها عليه دين وليس بصحيح فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : المكاتب عبد ما بقى عليه دينهم ولأنه لو زال الملك عنه لما عاد بعجزه كما لو أعتق

(فصل)

وإذا ملكت المرأة زوجها أو بعضه فانفسخ نكاحها فليس ذلك بطلاق حتى أعتقته ثم تزوجها لم تحتسب عليه بتطليقة ، وهذا قال الحكم وحامد ومالك والشافعي وابن المنذر وإسحاق .

وقال الحسن والزهرى وقتادة والأوزاعي هي تطليقة ، وليس بصحيح لأنه لم يلفظ بطلاق صريح ولا كناية وإنما انفسخ النكاح بوجود ما ينافيه فأشبهه انفساخه بإسلام أحدهما أو رده ، ولو ملك الرجل بعض زوجته انفسخ نكاحها وحرم وطؤها في قول عامة المفتين حتى يستخلصها فتحل له بملك اليمين ، روى عن قتادة أنه قال لم يرد ملكه فيها إلا قريباً ، وليس بصحيح لأن النكاح لا يبقى في بعضها وملكه لم يتم عليها ولا يثبت الحل فيما لا يملكه ولا نكاح فيه .

(فصل) ولا يجوز للرجل وطء جارية ابنه لأن الله تعالى قال (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) وليست هذه زوجة له ولا مملوكة ولأنه يحل لابنه

وخلوها ولا تحمل المرأة لرجلين فإن وطئها فلا حد عليه ، نص عليه أحمد ،
وقال داود : يحد . وقال بعض الشافعية : ان كان ابنه وطئها حد لأنها مجرمة عليه
على التأييد .

ولنا أن له فيها شبهة ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم ، أنت ومالك لأبيك ،
والحد يدبر بالشبهات ، ولأن الأب لا يقتل بقتل ابنه والقصاص حق آدمي : فإذا
سقط شبهة الملك فالحد الذي هو حق الله تعالى بطريق الأولى ، ولأنه لا يقطع
بسرقته ماله ولا يحد بقتله فكذلك لا يحد بالزنا بجاريته ، فإذا ثبت هذا فإنها
محرم على الابن على التأييد ، وإن كان الابن قد وطئها حرمت عليها على التأييد :
وإذا لم تعلق من الأب لم يزل ملك الابن عنها ولم يلزمه قيمتها :

وقال أبو حنيفة يلزمه ضمانها لأنه أنفقها عليه وحرمه وطأها فأشبه ماله قبلها
ولنا أنه لم يخرجها عن ملكه ولم تنقص قيمتها فأشبه ماله أرضعها امرأته
فإنها محرم على الابن ولا يجب له ضمانها وإن علفت منه فالولد حر يلحق به
النسب لأنه من وطء لا يجب به الحد لأجل الشبهة ، فأشبه ولد الجارية المشتركة
وتصير الجارية أم ولد للأب

وقال الشافعي في أحد أقواله : لا تصير أم ولد لأنها غير مملوكة له فأشبه ماله
وطئ جارية أجنبي بشبهة .

ولنا أنها علفت منه بحر لأجل الملك فأشبهت الجارية المشتركة إذا كان
موسراً ، قال أصحابنا : ولا يلزم الأب قيمة الجارية ولا قيمة ولدها ولا مهرها ،
وقال الشافعي يلزمه ذلك كله إذا حكم بأنها أم ولد ، وهذا يبنى على أصل وهو أن
للأب أن يملك من مال ولده ما شاء وأنه ليس للابن مطالبه أبيه بدين له عليه
ولا قيمة مثاق وعندهم بخلاف ذلك ، وهذا يذكر في موضع آخر إن شاء الله تعالى

(فصل)

وإن وطئ الابن جارية أبيه طالما بتحريم ذلك فعليه الحد ولا يلحقه النسب
ولا تصير به الجارية أم ولد لأنه لا ملك له ولا شبهة ملك فأشبه وطء الأجنبي
وكذلك سائر الأقارب .

(فصل) وإن وطئ الأب وابنه جارية الابن في طهر واحد فانت يولد

أرى الفاقة فالحق بمن ألحقته به منهما وصارت أم ولد له ، كما لو انفرد بوطئها ، وإن ألحقته بهما لحق بهما ، وإن أولدها أحدهما بعد الآخر فهي أم ولد للأول منهما خاصة لأنها بولادتها منه صارت له أم ولد لاقراده بإيلادها فلا تنقل بعد ذلك إلى غيره ، لأن أم الولد لا ينتقل الملك فيها إلى غير مالكتها .

وقد نقل عن أحمد في رجل وقع على جارية ابنه ، فإن كان الأب قابضاً لها ولم يكن الابن وطئها فأحبها الأب فالولد ولده والجارية له وليس للابن فيها شيء . قال القاضي : ظاهر هذا أن الابن إن كان وطئها لم تصر أم ولد للأب لأنه يحرم عليه وطؤها وأخذها فتكون قد علفت بمملوك ، وإن كان الأب قبضها ولم يكن الابن وطئها ملكها ، لأن للأب أن يأخذ من مال ولده ما زاد على قدر نفقته ولم يتعلق به حاجته فيتملكه .

باب نكاح أهل الشرك

أنكحة السحر صحيحة يقرون عليها إذا أسلوا أو نكحوا إلنا إذا كانت المرأة ممن يجوز ابتداء نكاحها في الحال ، ولا ينظر صفة عقدهم وكيفيته ولا يعتبر له شروط أنكحة المسلمين من الولي والشهود وصيغة الإيجاب والقبول وأشياء ذلك بلا خلاف بين المسلمين .

قال ابن عبد البر : أجمع العلماء على أن الزوجين إذا أسلما معا في حال واحدة أن لها المقام على نكاحهما ما لم يكن بينهما نسب ولا رضاع ، وقد أسلم خلق في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأسلم نساءهم وأقروا على أنكحتهم ولم يسألهم رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شروط النكاح ولا كيفيته : وهذا أمر علم بالتواتر والضرورة فكان يقينا ، ولكن ينظر في الحال فإذا كانت المرأة على صفة يجوز له ابتداء نكاحها أقر .

وإن كانت ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كأحد المحرمات بالنسب أو السبب أو المعتدة والمرتدة والوثنية والمجوسية والمطلقة ثلاثاً لم يضر ، وإن تزوجها في العدة وأسلما بعد انقضائها أقر لأنها يجوز ابتداء نكاحها .

مسألة ، قال أبو القاسم رحمه الله تعالى (وإذا أسلم الوثني وقد تزوج بأربع وثلاث ولم يدخل بهن بن منه وكان لكل واحدة نصف ما سمي لها وإن كان حلالاً أو نصف صداق مثلها إن كان ما سمي لها حراماً ، ولو أسلم النساء قبله وقبل الدخول بن منه أيضاً ولا شيء عليه لو أحده منهن ، فإن كان إسلامه وإسلامهن قبل الدخول معاً فهن زوجات ، فإن كان دخل بهن ثم أسلم فهن لم تسلم منهن قبل انقضاء عدتها حرمت عليه منذ اختلف الدثنان)

في هذه المسألة فصول خمسة . أحدها : أنه إذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو كتابي يتزوج بوثنية أو مجوسية قبل الدخول تعجلت الفرقة بينهما من حين إسلامه ويكون ذلك فسخاً لا طلاقاً ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لا تعجل الفرقة ، بل إن كانا في دار الإسلام عرض الإسلام على الآخر فإن أبي وقعت الفرقة حينئذ ، وإن كانا في دار الحرب وقف ذلك على انقضاء عدتها فإن لم يسلم الآخر وقعت الفرقة فإن كان الأباء من الزوج كان طلاقاً لأن الفرقة حصلت من قبله فكان طلاقاً كما لو لفظ به . وإن كان من المرأة كارب فسخاً لأن المرأة لا تملك الطلاق . وقال مالك : أن كانت هي المسلمة عرض عليه الإسلام فإن أسلم وإلا وقعت الفرقة ، وإن كان هو المسلم تعجلت الفرقة لقوله سبحانه (ولا تمسكوا بعصم الكوافر)

ولنا أنه اختلاف دين يمنع الإقرار على النكاح ، فإذا وجد قبل الدخول تعجلت الفرقة كالردة على ملك كإسلام الزوج أو كما لو أبي الآخر الإسلام ؛ ولأنه إن كان هو المسلم فليس له إمساك كإفارة لقوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) وإن كانت هي المسلمة فلا يجوز إبقاؤها على نكاح مشرك .

ولنا على أنها فرقة فسخ أنها فرقة باختلاف الدين فكان فسخاً ، كما لو أسلم الزوج وأبت المرأة ، ولأنها فرقة بغير لفظ فكانت فسخاً كفرقة الرضاع .
الفصل الثاني : أن الفرقة إذا حصلت قبل الدخول بإسلام الزوج فالمرأة نصف المسمى إن كانت التسمية صحيحة ، أو نصف مهر مثلها إن كانت فاسدة مثل

أن يصدقها خيراً أو خيراً لأن الفرقة حصلت بفعله ، وإن كانت بإسلام المرأة فلا شيء لها لأن الفرقة من جهتها ، وبهذا قال الحسن ومالك والزهري والاوزاعي وابن شبرمة والشافعي .

وعن أحمد رواية أخرى أن لها نصف المهر إذا كانت هي المسلمة ، واختارها أبو بكر ، وبه قال قتادة والثوري ، ويقتضيه قول أبي حنيفة لأن الفرقة حصلت من قبله بإيمانه بالإسلام وامتناعه منه وهي فعلت ما فرض الله عليها فكان لها نصف ما فرض الله لها ؛ كما لو علق طلاقها على الصلاة فصلت

ونقل عن أحمد في مجوسى أسلم قبل أن يدخل بامرأته لا شيء لها من الصداق ووجه ما ذكرناه ، ووجه الأول أن الفرقة حصلت باختلاف الدين ، واختلاف الذين حصل بإسلامها فكانت الفرقة حاصلة بفعلها ، فلم يجب لها شيء كما لو ارتدت ويفارق تعليق الطلاق بآية من جهة الزوج ، ولهذا لو علقه على دخول الدار فدخلت وقعت الفرقة ولها نصف المهر

الفصل الثالث : أن الزوجين إذا أسلما معا فهما على النكاح ، سواء كان قبل الدخول أو بعده ، وليس بين أهل العلم في هذا اختلاف بحمد الله . ذكر ابن عبد البر أنه إجماع من أهل العلم . وذلك لأنه لم يوجد منهم اختلاف دين . وقد روى أبو داود عن ابن عباس أن رجلاً جاء مسلماً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم جاءت امرأته مسلمة بعده ، فقال : يا رسول الله إنها كانت أسلمت معي ؛ فردها عليه ، ويعتبر تلفظهما بالإسلام دفعة واحدة لتلا سبق أحدهما صاحبه فيفسد النكاح ، ويحتمل أن يقف على المجلس كالقبض ونحوه ، فإن حكم المجلس كله حكم حالة العقد ، ولأنه بعد اتفاقهما على النطق بكلمة الإسلام دفعة واحدة ، فلو اعتبر ذلك وقعت الفرقة بين كل مسلمين قبل الدخول إلا في الشاذ النادر فيبطل الإجماع

الفصل الرابع : أنه إذا كان إسلام أحدهما بعد الدخول ففيه عن أحمد روايتان إحداهما يقف على انقضاء العدة ، فإن أسلم الآخر قبل انقضائها فهما على النكاح وإن لم يسلم حتى انقضت العدة وقعت الفرقة منه اختلف الديتان فلا يحتاج إلى اختلاف العدة ، وهذا قول الزهري والليث والحسن بن صالح والاوزاعي والشافعي

وإسحاق ، وثمونه عن مجاهد وعبد الله بن عمر ومحمد بن الحسن . والرواية الثانية
تتمجل الفرقة وهو اختيار الحلال وصاحبه وقول الحسن وطاوس وعكرمة وقادة
والحكم ، وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ونصره ابن المنذر . وقول أبي حنيفة
هنا كقوله فيما قبل الدخول ، إلا أن المرأة إذا كانت في دار الحرب فانقضت
عدها وحصلت الفرقة لزمها استئناف العدة . وقال مالك : إن أسلم الرجل قبل
امراته عرض عليها الاسلام ، فإن أسلمت والا وقعت الفرقة ، وإن كانت طالبة
تتمجل الفرقة ، وإن أسلمت المرأة قبله وقعت على انقضاء العدة ، واحتج من قال
بتتمجل الفرقة بقوله سبحانه (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) ولأن ما يوجب
فسخ النكاح لا يختلف بما قبل الدخول وبعده كالرضاع

ولنا ما روى مالك في موطنه عن ابن شهاب قال : كان بين إسلام صفوان بن
أمية وامراته بنت الوليد بن المغيرة نحو من شهر أسلمت يوم الفتح وبقى صفوان
حتى شهد حنين والطائف وهو كافر ثم أسلم فلم يفرق النبي (ص) بينهما واستقرت
عنده امراته بذلك النكاح . قال ابن عبد البر : وشبهة هذا الحديث أقوى من استلذه
وقال ابن شهاب : أسلمت أم حكيم يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة حتى أتى اليمن
فارتحلت حتى قدمت عليه اليمن فدعته الى الاسلام فأسلم وقدم فبايع النبي (ص)
فثبتا على نكاحهما . وقال ابن شبرمة : كان الناس على عهد رسول الله (ص) يسلم
الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فأبها أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امراته
وإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما ، ولأن أبا سفيان خرج فأسلم عام الفتح قبل
دخول النبي صلى الله عليه وسلم مكة ، ولم تسلم هند امراته حتى فتح النبي (ص)
مكة فثبتا على النكاح ، وأسلم حكيم بن حزام قبل امراته ، وخرج أبو سفيان بن
الحارث وعبد الله بن أمية فلقيا النبي صلى الله عليه وسلم عام الفتح بالابواء فأسلما
قبل نساتهما ، ولم يعلم أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين أحد من أسلم وبين
امراته ويعد أن يتفق اسلامهما دفعة واحدة ، ويفارق ما قبل الدخول فإنه لا عدة
لها فتتمجل البيوتة كال المطلقة واحدة ، وهما لها عدة ، فإذا انقضت تينا وقرع
الفرقة من حين أسلم الاول فلا يحتاج الى عدة ثانية ، لأن اختلاف الدين سبب
الفرقة فتحتسب الفرقة منه كالطلاق

الفصل الخامس : أنه إذا أسلم أحد الزوجين وتختلف الآخر حتى انقضت عدة المرأة انفسخ النكاح في قول عامة العلماء ، قال ابن عبد البر : لم يختلف العلماء في هذا إلا شيء روى عن النخعي شذ فيه عن جماعة العلماء فلم يتبعه عليه أحد زعم أنها تورد إلى زوجها ، وإن طالت المدة لما روى ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد زينب على زوجها أبي العاص بن كاعها الأول ، رواه أبو داود ، واحتج به أحمد ، قيل له أليس يروى أنه ردها بنكاح مستأنف ؟ قال ليس له أصل وقيل كان بين إسلامها وردها إليه ثمان سنين .

ولنا قول الله تعالى (لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن) وقوله سبحانه (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) والإجماع المنعقد على تحريم تزوج المسلمات على الكفار ، فأما قصة أبي العاص مع امرأته فقال ابن عبد البر لا يخلو من أن تكون قبل نزول تحريم المسلمات على الكفار فتكون منسوخة بما جاء بعدها أو تكون حاملا استمر حكمها حتى أسلم زوجها أو مريضة لم تحض ثلاث حيضات حتى أسلم أو تكون ردت إليه بنكاح جديد فقد روى ابن أبي شيبة في سننه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي (ص) ردها على أبي العاص بن كاع جديد ، ورواه الترمذي وقال سمعت عبد بن حميد يقول : سمعت يزيد بن هارون يقول حديث ابن عباس أجود إسناداً والعمل على حديث عمرو بن شعيب .

فصل

وإذا وقعت الفرقة بإسلام أحدهما بعد الدخول فلها المهر كاملاً لأنه استقر بالدخول فلم يسقط شيء فإن كان مسمى صحيحاً فهو لها لأن النكحة الكفار صحيحة ثبت لها أحكام الصحة وإن كان محرماً وقد قبضته في حال الكفر فليس لها غيره لأنها لا تعرض لما مضى من أحكامهم ، وإن لم تقبضه وهو حرام فلها مهر مثلها لأن الحر والخير لا يجوز أن يكون صداقاً لمسلمة ولا في نكاح مسلم وقد ضارت أحكامهم أحكام المسلمين ، فأما نفقة العدة فإن كانت هي المسلمة قبلها فلها نفقة عدتها لأنه يتم كن من إبقاء نكاحها واستمتاعه منها بإسلامه معها فكانت لها النفقة كالرجعية ، وإن كان هو المسلم قبلها فلا نفقة لها عليه لأنه لا سبيل له إلى استبقاء نكاحها وتلافي حالها فأشبهت البائن ومولاه أسلمت في عدتها أو لم تسلم .

فإن قيل إذا لم تسلم تبينا أن نكاحها انفسخ باختلاف الدينين فكيف تجب النفقة للباين ؟ قلنا لأنه كان يكن الزوج تلافى نكاحها إذا أسلمت بل يجب عليه ذلك فوكانت في معنى الرجعية : فإن قيل الرجعية جرت الى البينونة بسبب منه ، وهذه السبب منها قلنا الا أنه كان فرضا عليها مضيقا ويكفيه تلافيه بخلاف ما اذا أسلمت قبل الدخول فإنه يسقط مهرها جميعه لأنه ما أمكنه تلافيه .

(فصل في اختلاف الزوجين) لا يخلو اختلافهما من حالين ، أحدهما : أن يكون قبل الدخول ففيه مسألتان : أحدهما : أن يقول الزوج أسلمنا معا فتحن على النكاح وتقول هي بل أسلم أحدهما قبل صاحبه فانفسخ النكاح ، فقال القاضي القول قول المرأة لأن الظاهر معها وكذلك إذ بتعذر اتفاق الإسلام منها دفعة واحدة ، والقول قول من الظاهر معه ولذلك كان القول قول صاحب اليد ، وذكر أبو الخطاب فيها وجه آخر أن القول قول الزوج لأن الاصل بقاء النكاح ، والفسخ طارئ عليه فكان القول قول من يوافق قوله الاصل كالمتذكر ، وللشافعي قولان كهذين الوجهين .

المسألة الثانية : أن يقول الزوج أسلمت قبل فلا صداق لك ، وتقول هي أسلمت قبل فلي نصف الصداق قال قول قولها لأن المهر وجب بالعقد والزوج يدعي ما يسقطه والاصل بقاءه ولم يعارضه ظاهر فيقي ، فان اتفقا على أن أحدهما أسلم قبل صاحبه ولا يعلمان عينه فلها نصف الصداق ، كذلك ذكره أبو الخطاب وقال القاضي : ان لم تكن قبضت فلا شيء لها لأنها تشك في استحقاقها فلا تستحق بالشك وان كان بعد القبض لم يرجع عليها ، لأنه يشك في استحقاق الرجوع ولا يرجع مع الشك ، والاول أصح لأن اليقين لا يزال بالشك وكذلك اذا تيقن الطهارة وشك في الحدث أو تيقن الحدث وشك في الطهارة بنى على اليقين ، وهذه قد كان صداقها واجبا لها وشكا في سقوطه فيبقى على الوجوب ، وأما ان اختلفا بعد الدخول ففيه أيضاً مسألتان ، أحدهما : أن يقولوا أسلمنا معا أو أسلم الثاني مثله في العدة فتحن على النكاح وتقول هي بل أسلم الثاني بعد العدة فانفسخ النكاح فيتن وجهاً ، أحدهما : القول قوله لأن الاصل بقاء النكاح ، والثاني : القول قولها لأن الاصل عدم إسلام الثاني .

المسألة الثانية : أن تقول أسلمت قبلك فلي نفقة العدة ويقول هو أسلمت قبلك فلا نفقة لك فالتقول قولها لان الأصل وجوب النفقة وهو يدعى سقوطها ، وإن قال أسلمت بعد شهرين من إسلامي فلا نفقة لك فيها وقالت بعد شهر فالتقول قوله لان الأصل عدم إسلامها في الشهر الثاني ، فأما ان ادعى هو ما يفسخ النكاح وأنكرته انفسخ النكاح لانه بقر على نفسه بزوال نكاحه وسقوط حقه فأشبه ما لو ادعى انها أخته من الرضاع فكذبت .

(فصل) وسواء فيما ذكرنا اتفقت الداران أو اختلفتا ، وبه قال مالك والاوزاعي والليث والشافعي ، وقال أبو حنيفة ان أسلم احدهما وهما في دار الحرب ودخل دار الإسلام انفسخ النكاح ولو تزوج حربى حربية ثم دخل دار الاسلام وعقد الذمة انفسخ نكاحه لاختلاف الدارين ويقتضى مذهبه ان أحد الزوجين الذميين اذا دخل دار الحرب ناقضاً للعهد انفسخ نكاحه لان الدار اختلفت بها فعلا وحكما فوجب أن تقع الفرقة بينهما كما لو أسلمت في دار الاسلام قبل الدخول .

ولنا ان ابا سفيان أسلم بمر الظهران وامراته بمكة لم تسلم وهي دار حرب ، وأم حكيم أسلمت بمكة وهرب زوجها عكرمة الى اليمن وامرأة صفوان بن أمية أسلمت يوم الفتح وهرب زوجها ثم أسلموا وأقروا على ان كحتمهم مع اختلاف الدين والدار بهم ، ولانه عقد معاوضة فلم يفسخ باختلاف الدار كالبيع وفارق ما قبل الدخول فان القاطع للنكاح اختلاف الدين المانع من الاقرار على النكاح دون ما ذكرناه . فعلى هذا لو تزوج مسلم مقيم بدار الاسلام حربية من اهل الكتاب صح نكاحه وعندهم لا يصح .

ولنا عموم قوله تعالى (والمحصنات من الذير اوتوا الكتاب من قبلكم) ولانها امرأة يباح نكاحها اذا كانت في دار الاسلام فأبيح نكاحها في دار الحرب كالمسلمة .

مسألة ، قال (ولو نكح اكثر من اربع في عقد واحد او في عقود متفرقة ثم اصابهن ثم أسلم ثم أسلمت كل واحدة منهن في عدتها اختار اربعا منهن وفارق ما سواهن سواء كان من امسك منهن اول من عقد عليهن او آخرهن)

وجهة ذلك أن الكافر إذا أسلم ومعه أكثر من أربع نسوة فأسلمن في عدتهن أو كن كتاييات لم يكن له إمساكن كلهن بغير خلاف فعلمه ولا يملك إمساك أكثر من أربع فإذا أحب ذلك اختار أربعاً منهن وفارق سائرهن سواء تزوجن في عقد أو في عقود وسواء اختار الأوائل أو الأواخر نص عليه أحمد وبه قال الحسن ومالك والليث والأوزاعي والثوري والشافعي وإسحاق ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف إن كان تزوجن في عقد أنفسخ نكاح جميعهن ، وإن كان في عقود فنكاح الأوائل صحيح ونكاح ما زاد على أربع باطل لأن العقد إذا تناول أكثر من أربع فتحريمه من طريق الجمع فلا يكون فيه مخيراً بعد الإسلام كما لو تزوجت المرأة زوجين في حال الكفر ثم أسلموا .

ولنا ما روى قيس بن الحارث قال : أسلمت وتحتي ثمان نسوة فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت له ذلك فقال : اختر منهن أربعاً ، رواه أحمد وأبو داود ، وروى محمد بن سويد الثقفي أن غيلان بن سلمة أسلم وتحتة عشر نسوة فأسلمن معه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتخير منهن أربعاً ، رواه الترمذي ورواه مالك في موطنه عن الزهري مرسل ، ورواه الشافعي في مسنده عن ابن علية عن معمر عن الزهري عن سالم عن أبيه إلا أنه غير محفوظ غلط فيه معمر وخالف فيه أصحاب الزهري كذلك قال الحفاظ الإمام أحمد والترمذي وغيرهما ، ولأن كل عدد جاز له ابتداء العقد عليه جاز له إمساكه بنكاح مطلق في حال الشرك كما لو تزوجن بغير شهود ، وأما إذا تزوجت بزوجة فنكاح الثاني باطل ، لأنها ملكته ملك غيرها ، وإن جمعت بينهما لم يصح ، لأنها لم تملكه جميعاً ، ولأن ذلك ليس بشائع عند أحد من أهل الأديان ، ولأن المرأة ليس لها اختيار النكاح وفسخه بخلاف الرجل .

(فصل) ويجب عليه أن يختار أربعاً فما دون ويفارق سائرهن أو يفارق الجميع لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر غيلان وقيساً بالاختيار ، وأمره يقتضي الوجوب ، ولأن المسلم لا يجوز إقراره على نكاح أكثر من أربع ، فإن أبي جبر بالجس والتعزير إلى أن يختار ، لأن هذا حق عليه يمكنه إيفاؤه وهو ممتنع منه

فأجبر عليه كإيفاء الدين ، وليس للحاكم أن يختار عنه كما يطلق على المولى إذا امتنع من الطلاق ، لأن الحق ههنا لغير معين ، وإنما تنعين الزوجات باختياره وشهوته ، وذلك لا يعرفه الحاكم فينبوب عنه فيه بخلاف المولى ، فإن الحق لمعين به . كن الحاكم إيفاءه والنيابة عن المستحق فيه فإن حن خلى حتى يعود عقله ثم يجبر على الاختيار وعليه نفقة الجميع إلى أن يختار لاس محبوسات عليه ، ولأنهن في حكم الزوجات أيتن اختار جاز .

(فصل) ولو زوج الكافر ابنة الصغير أكثر من أربع ثم أسلموا جميعاً لم يكن له الاختيار قبل بلوغه فإنه لا حكم لقوله وليس لايه الاختيار عنه لأن ذلك حق يتعلق بالشهوة فلا يقوم غيره مقامه فيه فإذا بلغ الصبي كان له أن يختار حيثن وعليه النفقة إلى أن يختار .

(فصل)

فإن مات قبل أن يختار لم يرق وارثه مقامه لما ذكرنا في الحاكم وعلى جميعهن العدة ، لأن الزوجات لم يتعين منهن ، فمن كانت منهن حاملاً فعدتها بوضعها ومن كانت آيسة أو صغيرة فعدتها أربعة أشهر وعشر لأنها أطول العدتين في حقها ، وإن كانت من ذوات القروء فعدتها أطول الاجلين من ثلاثة قروء أو أربعة أشهر وعشر لتقضى العدة بيقين لأن كل واحدة منهن يحتمل أن تكون مختارة أو مفارقة ، وعدة المختارة عدة الوفاة وعدة المفارقة ثلاثة قروء فأوجبنا أطولها لتقضى العدة بيقين كما قلنا فيمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينا عليه خمس صلوات وهذا مذهب الشافعي ، فأما الميراث فإن اصطلاحن عليه فهو جائز كيف اصطلاحن لأن الحق لمن لا يخرج عنهن وإن أبين الصلح بقياس المذهب أن يقرع بينهما فذلك كون الأربع منهن بالقرعة وعند الشافعي يوقف الميراث حتى يسطلحن وأصل هذا يذكر في غير هذا الموضع إن شاء الله تعالى .

(فصل) وصفة الاختيار أن يقول : اخترت نكاح هؤلاء أو اخترت هؤلاء أو امسكتن أو امسكتن حبسهن أو امسكتن أو نكاحن أو امسكت نكاحن أو ثبت نكاحن أو اثبتن . وإن قال لما زاد على الأربع فسخت نكاحن كان اختياراً للأربع ، وإن طلق أحداً من كان اختياراً لها ، لأن الطلاق لا يكون

إلا في زوجة ، وإن قال : قد فارقت هؤلاء ، أو اخترت فراق هؤلاء ، فإن لم ينو الطلاق كان اختياراً لغيرهن لقول النبي صلى الله عليه وسلم لغيلان : اختر منهن أربعاً وفارق سائرهن ، وهذا يقتضي أن يكون لفظ الفراق صريحاً فيه كما كان لفظ الطلاق صريحاً فيه ، وكذا في حديث فيروز الديلمي قال : فعمدت إلى أقدمهن صحبة فقارقتها ، وهذا الموضع أخص بهذا اللفظ فيجب أن يتخصص فيه بالفسخ وإن نوى به الطلاق كان اختياراً لهن دون غيرهن ، وذكر القاضي فيه عند الإطلاق وجهين .

أحدهما : أنه يكون اختياراً للمفارقات ، لأن لفظ الفراق صريح في الطلاق والاولى ما ذكرناه ، وإن وطئ أحدها كان اختياراً لها في قياس المذهب ، لأنه لا يجوز إلا في ملك فبدل على الاختيار كوطء الجارية المبعة بشرط الخيار ووطء الرجعية أيضاً اختياراً لها ، وإن آلى من واحدة منهن أو ظاهر منها لم يكن اختياراً لها ، لأنه يصح في غير زوجة في أحد الوجهين ، وفي الآخر يكون اختياراً لها لأن حكمه لا يثبت في غير زوجة ، وإن قذفها لم يكن اختياراً لها ، لأنه يقع في غير زوجة .

فصل

وإذا اختار منهن أربعاً وفارق البواقي فعدتهن من حين اختار ، لأنهن بن منه بالاختيار ، ويحتمل أن تكون عدتهن من حين أسلم لأنهن بن بإسلامه وإنما يتبين ذلك باختباره فيثبت حكمه من حين الاسلام كما إذا أسلم أحد الزوجين ولم يسلم الآخر حتى انقضت عدتها وورقهن فسخ لأنها تثبت بإسلامه من غير لفظ عدتهن ، وعدتهن كعدة المطلقات لأن عدة من انفسخ نكاحها كذلك ، وإن مات إحدى المختارات أو بأت منه وانقضت عدتها فله أن ينكح من المفارقات وتكون عنده على طلاق ثلاث ، لأنه لم يطلقها قبل ذلك ، وإن اختار أقل من أربع أو اختار ترك الجميع أمر بطلاق أربع أو تمام أربع لأن الأربع الزوجات لا يبين منه إلا بطلاق أو ما يقوم مقامه فإذا طلق أربعاً منهن وقع طلاقه بهن وانفسخ نكاح الباقيات لاختباره لهن ، وتكون عدة المطلقات من حين طلق وعدة الباقيات على الوجهين .

وان طلق الجميع أقرع بينهم ، فإذا وقعت القرعة على أربع منهم كن المختارات ووقع طلاقه بهن وانفسخ نكاح البواقي ، فإن كان الطلاق ثلاثا فمضى انقضت عدتهن فله أن ينكح من الباقيات لأنهن لم يطلقن منه ، ولا تحمل له المطلقات الا بعد زوج واصابة ، ولو أسلم ثم طلق الجميع قبل اسلامهن ثم أسلمن في العدة أمر أن يختار أربعاً منهن فإذا اختارهن تبين أن طلاقه وقع بهن لأنهن زوجات ويعتدون من حين طلاقه وبأن البواقي باختياره لغيرهن ولا يقع بهن طلاقه وله نكاح أربع منهن اذا انقضت عدة المطلقات لأن هؤلاء غير مطلقات ، والفرق بين هذه وبين التي قبلها أن طلاقهن قبل اسلامهن في زمن ليس له الاختيار فيه ، فإذا أسلمن تجدد له الاختيار حيث وفي التي قبلها يطلقن وله الاختيار ، والطلاق يصلح اختياراً وقد أوقعه في الجميع وليس بعضهم أولى من بعض فصرنا الى القرعة لتساوي الحقوق .

فصل في

واذا أسلم قبلهن وقلنا بتعجيل القرعة باختلاف الدين فلا كلام : وان قلنا يتوقف على انقضاء العدة ولم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبين أنهن بن منذ اختلف الدينان فإن كان قد طلقهن قبل انقضاء عدتهن تبين أن طلاقه لم يقع بهن وله نكاح أربع منهن اذا أسلمن ، وان كان وطئن تبين أنه وطئ غير نسائه وان لاعنهن أو ظاهر أو قذف تبين أن ذلك كان في غير زوجته ، وحكمه حكم ما لو غاطب بذلك اجنبية ، فإن أسلم بعضهم في العدة تبين أنها زوجته فوقع الطلاق بها وكان وطؤه لها وطئاً لمطلقة .

وان كانت المطلقة غيرها فوطؤه لها وطء لامراته ، وكذلك ان كان وطؤه لها قبل طلاقها ، وان طلق الجميع فأسلم أربع نسوة منهن او اقل في عدتهن ولم تسلم البواقي تعينت الزوجية في المسلمات ووقع الطلاق بهن فإذا أسلم البواقي فله ان يتزوج بهن لانه لم يقع طلاقه بهن .

(فصل) وإذا أسلم وتحت ثمان نسوة فأسلم أربع منهن فله اختيارهن وله الوقوف الى ان يسلم البواقي ، فان مات اللاتي أسلمن ثم أسلم الباقيات فله اختيار الميتات وله اختيار الباقيات وله اختيار بعض هؤلاء وبعض هؤلاء لان الاختيار

ليس بعقد وإنما هو تصحيح للعقد الأول فيمن والاعتبار في الاختيار بحال ثبوته وحال ثبوته كن أحياء ، وإن أسلمت واحدة منهم فقال : اخترتها جاز فإذا اختار أربعا على هذا الوجه انفسخ نكاح البواقي .

وإن قال المسلمة اخترت فسح نكاحها لم يصح لأن الفسخ إنما يكون فيما زاد على الأربع والاختيار للأربع وهذه من جملة الأربع إلا أن يريد بالفسخ الطلاق فيقع لأنه كتابة ويكون طلاقه لها اختياراً لها ، وإن قال : اخترت فلا تة قبل أن تسلم لم يصح ، لأنه ليس بوقت للاختيار لأنها جارية إلى بينونة فلا يصح إمساكها وإن فسح نكاحها لم يفسح ، لأنه لما لم يجز الاختيار لم يجز الفسخ ، وإن نوى بالفسخ الطلاق أو قال : أنت طالق فهو موقوف ، فإن أسلمت ولم يسلم زيادة على أربع أو أسلم زيادة فاختارها تبينا وقوع الطلاق بها وإلا فلا .

(فصل)

وإن قال : كلما أسلمت واحدة اخترتها لم يصح ، لأن الاختيار لا يصح تعليقه على شرط ولا يصح في غير معنى ، وإن قال : كلما أسلمت واحدة اخترت فسح نكاحها لم يصح أيضا ؛ لأن الفسخ لا يتعلق بالشرط ولا يملكه في واحدة حتى يريد عدد المسلمات على الأربع ، وإن أراد به الطلاق فهو كالمو قال : كلما أسلمت واحدة فهي طالق ، وفي ذلك وجهان . أحدهما : يصح ، لأن الطلاق يصح تعليقه بالشرط ويتضمن الاختيار لها فكما أسلمت واحدة كان اختياراً لها وتطلق بطلاقه ، والثاني لا يصح لأن الطلاق يتضمن الاختيار والاختيار لا يصح تعليقه بالشرط (فصل) وإذا أسلم ثم أحرم بجم أو عمرة ثم أسلمن فله الإختيار لأن الإختيار استدامة النكاح وتعيين المنكوحه فليس ابتداء له ، وقال القاضي ليس له الإختيار وهو ظاهر مذهب الشافعي .

ولذا أنه استدامة نكاح لا يشترط له رضا المرأة ، ولا ولي ولا شهود ولا يتجدد به مهر لحاز له في الأحرام كالرجعة :

(فصل) وإذا أسلمن معه ثم متن قبل اختياره فله أن يختار منهن أربعا فيكون له ميراثهن ولا يرث الباقيات لأنهن ليس بزوجات له ، وإن مات بعضهن فله الإختيار من الأحياء وله الإختيار من الميتات ، وكذلك لو أسلم بعضهن فتن

ثم أسلم البواقي فله الاختيار من الجميع ، فإن اختار الميتات فله ميراثهن لأنهن من
وهن نساؤه وإن اختار غيرهن فلا ميراث له منهن لأنهن أجنبيات ، وإن لم يسلم
البواقي لزم النكاح في الميتات وله ميراثهن ، وإن وطئ الجميع قبل إسلامهن ثم
أسلمن فاختار أربعاً منهن فليس لهن إلا المسمى لأنهن زوجات ، ولسائرهن المسمى
بالعقد الأول ومهر المثل للوطء الثاني لأنهن أجنبيات ، وإن وطئن بعد إسلامهن
فالموطوءات أولاً من المختارات والبواقي أجنبيات والحكم في المهر على ما ذكرناه

مسألة ، قال (ولو أسلم وتحتة أختان اختار منهما واحدة)

هذا قول الحسن والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي عبيد : وقال أبو حنيفة
في هذه كقوله في عشرة نسوة .

ولنا ما روى الضحاك بن فيروز عن أبيه قال : قلت يا رسول الله ، إنى أسلمت
وتحتي أختان ؟ قال : طلق أيتهما شئت ، رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما ،
ولأن أنسكة الكفار صحيحة وإنما حرم الجمع في الإسلام وقد أزاله فصيح ، كما لو
طلق أحدهما قبل إسلامه ثم أسلم والاخرى في حبالة ، وهكذا الحكم في المرأة
وعمتها أو خالتها لأن المعنى في الجميع واحد .

(فصل) ولو تزوج وثنية فأسلمت قبله ثم تزوج في شركة أختها ثم أسلمت في
عدة الاولى فله أن يختار منهما لأمته أسلم وتحتة أختان مسلمتان ، وإن أسلم هو
قبلها لم يكن له أن يتزوج أختها في عدتها ولا أربعاً سواها ، فإن فعل لم يصح
النكاح الثاني وإذا أسلمت الاولى في عدتها فنكاحها لازم لأنها انفردت به .

(فصل) وإن تزوج أختين ودخل بهما ثم أسلم وأسلمتا معه فاختار أحدهما
بأيهما حتى تنقضي عدة أختها لثلاث يكون وإطناً لأحد الأختين في عدة الاخرى
بذلك إذا أسلم وتحتة أكثر من أربع قد دخل بهن فأسلمن معه وكن ثمانياً
فاختار أربعاً منهن وفارق أربعاً لم يطأ واحدة من المختارات حتى تنقضي عدة
المفارقات لثلاث يكون وإطناً لأكثر من أربع ، فإن كن خمساً ففارق أحدهن فله
وطء ثلاث من المختارات ولا يطأ الرابعة حتى تنقضي عدة المفارقة ، فإن كن ستاً
ففارق اثنتين فله وطء اثنتين من المختارات ، فإن كن سبعاً ففارق ثلاثاً فله وطء

واحدة من المختارات ولا يبطأ الباقيات حتى تنقضي عدة المفارقات . فكما انقضت عدة واحدة من المفارقات فله وطء واحدة من المختارات . هذا قياس المذهب (فصل) واذا تزوج اختين في حال كفره فأسلم واسلمتا معا قبل الدخول فاختار احدهما فلا مهر للأخرى لأننا تبينا ان الفرقة وقعت باسلامهم جميعا فلا تستحق مهراً كما لو فسخ النكاح لعيب في احدهما ولانه نكاح لا يقر عليه في الاسلام فلا يجب به مهر اذا لم يدخل بها كما لو تزوج المجوسى اخته ثم اسلما قبل الدخول . وهكذا الحكم فيما زاد على الاربع اذا اسلموا جميعا قبل الدخول فاختار اربعا وانفسخ نكاح البواقي فلا مهر لهن لما ذكرنا والله اعلم .

مسألة . قال (وان كانتا اما وبنتا فاسلم واسلمتا معا قبل الدخول فسد نكاح الام وان كان دخل بالام فسد نكاحها)

الكلام في هذه المسألة في فصلين .

احدهما : اذا كان اسلامهم جميعاً قبل الدخول فانه يفسد نكاح الام وينبت نكاح البنت : وهذا احد قولى الشافعى واختيار المزنى ، وقال فى الآخر يختار ايتهما شاء لأن عقد الشرك انما يثبت له حكم الصحة اذا انضم اليه الاختيار ، فاذا اختار الام فكانه لم يعقد على البنت .

ولنا قول الله تعالى (وامهات نسائكم) وهذه ام زوجته فتدخل فى عموم الآية ، ولأنها ام زوجته فتحرم عليه كما لو طلق ابنتها فى حال شركه . ولأنه لو تزوج البنت وحدها ثم طلقها حرمت عليه امها اذا اسلم ، فاذا لم يطلقها وتمسك بنكاحها اولى ، وقولهم انما يصح العقد بانضمام الاختيار اليه غير صحيح فان اندكحة الكفار صحيحة ثبت لها احكام الصحة .

وكذلك لو انفردت كان نكاحها صحيحاً لازماً من غير اختيار ، ولهذا فوض اليه الاختيار ههنا ، ولا يصح ان يختار من ليس بنكاحها صحيحاً وانما اختصت الام بفساد نكاحها لأنها تحرم بمجرد العقد على ابنتها على التأيد فلم يكن اختيارها والبنت لا تحرم قبل الدخول بأما فتعين النكاح فيها بخلاف الاختين .

الفصل الثانى : اذا دخل بهما حرمتا على التأيد ، الام لأنها ام زوجته والبنت

لأنها ريبتها من زوجته التي دخل بها . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من يحفظ عنه من أهل العلم . وهذا قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وقتادة ومالك وأهل الحجاز والثوري وأهل العراق والشافعي ومن تبعهم ، وإن دخل بالأم وحدها فكذلك إن البنت تكون ريبتها مدخولا بأمها والام حرمت بمجرد العقد على ابنتها ، وإن دخل بالبنت وحدها ثبت نكاحها وفسد نكاح أمها ، كما لو لم يدخل بها ، ولو لم تسلم معه إلا إحداهما كان الحكم كما لو أسلتما معاً ، فإن كانت المسئلة هي الأم فهي محرمة عليه على كل حال ، وإن كانت البنت ولم يكن دخل بأمها ثبت نكاحها ، وإن كان دخل بأمها فهي محرمة على التأيد ، ولو أسلم وله جارتان إحداهما أم الأخرى وقد وطئتهما جميعاً حرمتا عليه على التأيد ، وإن كان قد وطئ إحداهما حرمت الأخرى على التأيد ولم تحرم الموطوءة ، وإن كان لم يطأ واحدة فله وطء ابنتها شاء ، فإذا وطئها حرمت الأخرى على التأيد والله أعلم

مسألة ، قال (ولو أسلم عبد وتحت زوجته قد دخل بها فأسلتما في العدة فهما زوجتان ، ولو كن أكثر اختار منهن اثنتين)

وجملة ذلك أن حكم العبد فيما زاد على الاثنتين حكم الحر فيما زاد على أربع فإذا أسلم وتحت زوجته فأسلتما معاً أو في عدتهما لزم نكاحهما ، حرتين كانتا أو أمتين ، أو حرة وأمة ، لأنه له الجمع بينهما في ابتداء نكاحه ، فكذلك في اختياره ، وإن كن أكثر اختار منهن اثنتين أبتهن شاء على ما مضى في الحر ، فلو كان تحت حرتان وأمتان فله أن يختار الحرتين أو الأمتين ، أو حرة وأمة ، وليس للحررة إذا أسلمت معه الخيار في فراقه لأنها رضيت بنكاحه وهو عبد ولم يتجدد رقه بالاسلام ولا تجددت حررتها بذلك فلم يكن لها خيار ، كما لو تزوجت ميباً تعلم عيبه ثم أسلم

وذكر القاضي وجهاً أن لها الخيار لأن الرق عيب تجددت أحكامه بالاسلام فكأنه عيب حادث ، والاول أصح فإن الرق لم يزل عيباً ونقصاً عند العقلاء ولم يتجدد نقصه بالاسلام فهو كسائر العيوب

(فصل) وإن أسلم وتحت أربع حرائر فأعتق ثم أسلم في غدتهن أو أسلمن قبله ثم أعتق ثم أسلم لزومه نكاح الأربع لأنه ممن يجوز له الأربع في وقت اجتماع إسلامهن فإنه حر ، فأما إن أسلموا كلهم ثم أعتق قبل أن يختار لم يكن له أن يختار إلا اثنتين لأنه كان عبداً حين ثبت له الاختيار ، وهو حال اجتماعهم على الإسلام فتغير حاله بعد ذلك لا يغير الحكم ، كمن أسلم وتحت إماء فأسلمن معه ثم أيسر ، ولو أسلم ومعه اثنتان ثم أعتق ثم أسلم الباقيات لم يجز إلا اثنتين لأنه ثبت له الخيار بإسلام الأولتين .

(فصل) وإن تزوج أربعا فأسلمن وأعتقن قبل إسلامه فلهن فسخ النكاح لأنهن عتقن تحت عبد وإنما ملكن الفسخ وإن كن جاريات إلى بينونة لأنه قد يسلم فيقطع جريانهن إلى البينونة ، فإذا فسخن ولم يسلم الزوج بن باخلاف الدين من حين أسلمن ، وإن أسلم في العدة بن لفسخ النكاح وعليهن عدة الحرائر في الموضعين لأنهن هنا وجبت عليهن العدة وهن حرائر ، وفي التي قبلها عتقن في أثناء العدة التي يمكن الزوج تلافي النكاح فيها وأشبهن الرجعية ، فإن أخرج الفسخ حتى أسلم الزوج لم يسقط بذلك حقهن من الفسخ ، لأن تركهن للفسخ اعتماد على جريانهن لبينونة فلم يتضمن الرضى بالنكاح كالرجعية إذا عتقت وأخرجت الفسخ ولو أسلم قبلهن ثم أعتقن فأخترن الفسخ صح ، لأنهن إماء عتقن تحت عبد ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي

وقال بعضهم لا خيار لهن لأنه لا حاجة بهن إلى الفسخ لكونه يحصل بإقامتهن على الشرك بخلاف التي قبلها ؛ وليس بصحيح فإن السبب متحقق وقد يبدو لهن الإسلام وهو واجب عليهن

فإن قيل فإذا أسلمن اخترن الفسخ قلنا يتضررن بطول العدة فإن ابتدأها من حين الفسخ ولذلك ملكن الفسخ فيما إذا أسلمن وعتقن قبله فأما إن اخترن المقام وقلنا قد رضينا بالزوج ، فذكر القاضي أنه يسقط خيارهن لأنها حالة يصح فيها اختيار الفسخ فصح فيها اختيار الإقامة ، كحالة اجتماعهم على الإسلام . وقال أصحاب الشافعي : لا يسقط خيارهن لأن اختيارهن للإقامة ضد

للحالة التي هي عليها وهي جريانهن الى البيئته فلم يصح : كما لو ارتدت الرجعية فراجعها الزوج حال ردتها ، وهذا يبطل بما اذا قال : اذا جاء رأس الشهر فانت طالق ثم عتقت فاختارت زوجها

(فصل : واذا أسلم الحر وتحت إمام فاعتقت احدا من ثم أسلمت ثم أسلم البواقي لم يكن له أن يختار من الاماء لانه مالك لعصمة حرة حين اجتماعها على الاسلام وان أسلمت احدا من معه ثم اعتقت ثم أسلم البواقي فله ان يختار من الاماء ، لان العبرة بحال الاختيار ، وهي حالة اجتماعهم على الاسلام ، وحالة اجتماعها على الاسلام كانت أمة

(فصل)

ولو أسلم وتحت أربع إمام وهو عادم للطول غائف للعت فأسلمن معه فله ان يختار منهن واحدة ، فان كانت لا تعفه فله ان يختار منهن من تعفه في احدي الروايتين ، والاخرى لا يختار الا واحدة ، وهذا مذهب الشافعي وتوجيهها قد مضى في ابتداء نكاح الإمام ، وان عدم فيه الشرطان انفسخ النكاح في الكل ولم يكن له خيار وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو ثور : له ان يختار منهن لانه استدامة للعقد لا ابتداء له ، بدليل انه لا يشترط له شروط العقد ، فاشبه الرجعة ولنا ان هذه امرأة لا يجوز ابتداء العقد عليها حال الاسلام فلم يملك اختبارها كالمعتدة من غير ذلك وكذوات محارمه . وأما الرجعة فهي قطع جريان النكاح الى البيئته ، وهذا اثبات النكاح في امرأة ، وان كان دخل بهن ثم أسلم ثم أسلمن في عدتهن فالحكم كذاك ، وقال ابو بكر : لا يجوز له هذا اختيار ، بل بين بمجرد اسلامه لثلا يفضي الى استدامة نكاح مسلم في أمة كافرة

ولنا أن اسلامهن في العدة بمنزلة اسلامهن معه : ولهذا لو كن حرائر مجوسيات أو وثنيات فأسلمن في عدتهن كان ذلك كاسلامهن معه . وان لم يسلمن حتى انقضت عدتهن انفسخ نكاحهن ، سواء كن كتابيات أو غير كتابيات ، لانه لا يجوز له استدامة النكاح في أمة كتابية

(فصل) ولو أسلم وهو واحد للطول فلم يسلمن حتى أعسر ثم أسلمن فله ان

يختار منهن لأن شرائط النكاح تعتبر في وقت الاختيار، وهو وقت اجتماعهم على الإسلام، وهو حينئذ عادم للطول خائف للعنت فكان له الاختيار، وإن أسلم وهو معسر فلم يسلمن حتى أيسر لم يكن له الاختيار لذلك، وإن أسلمت واحدة منهن وهو موسر ثم أسلم البواقي بعد اعساره لم يكن له أن يختار منهن شيئاً لأن وقت الاختيار دخل بإسلام الأولى، ألا ترى أنه لو كان معسراً كان له اختيارها فإذا كان موسراً بطل اختياره، وإن أسلمت الأولى وهو معسر فلم تسلم البواقي حتى أيسر لزم نكاح الأولى ولم يكن له الاختيار من البواقي، لأن الأولى اجتمعت معه في حالة يجوز له ابتداء نكاحها بخلاف البواقي، ولو أسلم وأسلمن معه وهو معسر فلم يختار حتى أيسر كان له أن يختار، لأن حال ثبوت الاختيار كان له ذلك، فبغير حاله لا يسقط ما ثبت له، كالمزوج أو المختار ثم أيسر لم يحرم عليه استدامة النكاح.

(فصل) فإن أسلم وأسلمت معه واحدة منهن وهو ممن يجوز له نكاح الاماء فله أن يختار من أسلمت معه لأن له أن يختارها لو أسلمن كلهن فكذلك إذا أسلمت وحدها. وإن أحب انتظار البواقي جاز لأن له غرضاً صحيحاً، وهو أن يكون منهن من هي أبر عنده من هذه، فإن انتظرهن فلم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبين أن نكاح هذه كان لازماً، وبأن البواقي منذ اختلف الدينان، وإن أسلمن في العدة اختار منهن واحدة وانفسخ نكاح الباقيات من حين الاختيار، وعددهن من حين الاختيار، وإن أسلم بعضهن دون بعض بأن اللائي لم يسلمن منذ اختلف الدينان والبواقي من حين اختار، وإن اختار التي أسلمت معه حين أسلمت انقضت عصمة البواقي وثبت نكاحها، فإن أسلم البواقي في العدة تبين أنهم بن منه باختياره وعدتهن من حينئذ، وإن لم يسلمن بن باختلاف الدين وعدتهن منه، وإن طلق التي أسلمت معه طلق وكان اختياراً لها، وحكم ذلك حكم ما لو اختارها صريحاً، لأن إيقاع طلاقه عليها يتضمن اختيارها.

فأما أن اختار فسخ نكاحها لم يكن له، لأن الباقيات لم يسلمن معه، فإزاد العدد على ماله أمساكه في هذه الحال، ولا يفسخ النكاح، ثم تنظر فإن لم يسلم البواقي لزمه نكاحها، وإن أسلمن فاختار منهن واحدة انفسخ نكاح البواقي.

والأولى معنى ، وإن اختار الأولى التي فسخ نكاحها صح اختياره لها ، لأن فسخه لنكاحها لم يصح .

وفيه وجه آخر ذكره القاضى أنه لا يصح اختياره لها لأن فسخه لنكاحها إنما لم يصح مع إقامة البواقي على الكفر حتى تنقضى العدة لانتا تبين أن نكاحها كان لازماً ، فإذا أسلمن لحق إسلامهن بتلك الحال وصار كأنهن أسلمن في ذلك الوقت فإذا فسخ نكاح أحدهن صح الفسخ ولم يكن له أن يختارها ، وهذا يبطل بما لو فسخ نكاح أحدهن قبل إسلامها فإنه لا يصح ولا يجعل إسلامهن الموجود في الثاني كالموجود سابقاً ، كذلك وهنا

(فصل) فإن أسلم وتحت إمام وحررة ، ففيه ثلاث مسائل :

أحدهن أسلم وأسلمن معه كلهن فإنه يلزم نكاح الحررة وينفسخ نكاح الإمام لأنه قادر على الحررة فلا يختار أمة . وقال أبو ثور : له أن يختار ، وقد مضى الكلام معه . الثانية : أسلمت الحررة مع دون الإمام فقد ثبت نكاحها وانقطعت عصمة الإمام فإن لم يسلمن حتى انقضت عدتهن بنى باختلاف الدين وأبتدأ عدتهن من حين أسلم ، وإن أسلمن في عددهن بنى من حين إسلام الحررة وعددهن من حين إسلامها ، فإن ماتت الحررة بعد إسلامها لم يغير الحكم بموتها ، لأن موتها بعد ثبوت نكاحها وانقضاء نكاح الإمام لا يؤثر في إباحتهن .

الثالثة : أسلم الإمام دون الحررة وهو معسر فلا يخلو إما أن تنقضى عدتها قبل إسلامها فتبين باختلاف الدين ، وله أن يختار من الإمام لأنه لم يفدر على الحررة أو يسلم في عدتها فيثبت نكاحها ويبطل نكاح الإمام : كما لو أسلمن دفعة واحدة وليس له أن يختار من الإمام قبل إسلامها وانقضاء عدتها لأنها لا تعلم أنها لا تسلم فإن طلق الحررة ثلاثاً قبل إسلامها ثم لم تسلم لم يقع الطلاق لأنها تبين أن النكاح انفسخ باختلاف الدين وله الاختيار من الإمام ، وإن أسلمت في عدتها بأن أن نكاحها كان ثابتاً وأن الطلاق وقع فيه والإمام بنى بثبوت نكاحها قبل الطلاق

(فصل) وإن أسلم وتحت إمام وحررة فأسلمن ثم عتقن قبل إسلامها لم يكن له أن يختار منهن ، لأن نكاح الأمة لا يجوز لقادر على حررة وإنما يعتبر حالهن حال

ثبوت الاختيار وهو حالة اجتماع إسلامه وإسلامه ثم تنظر فإن لم تسلم الحرة
فله الاختيار منهن فلا يختار إلا واحدة اعتباراً لحالة اجتماع إسلامه وإسلامه
وإن أسلمت في عدتها ثبت نكاحها وانقطعت عصمتها فإن كان قد اختار واحدة
من المعتقات في عدة الحرة ثم لم تسلم فلا عبرة باختياره وله أن يختار غيرها لأن
الاختيار لا يكون موقوفاً ، فأما إن عتق قبل أن يسلم ثم أسلم واجتمع معه
على الإسلام وهن حرائر فإن كان جميع الزوجات أربعاً فما دون ثبت نكاحهن ،
وإن كن زائدات على أربع فله أن يختار منهن أربعاً وتبطل عصمة الخامسة لأنهن
صرن حرائر في حالة الاختيار وهي حالة اجتماع إسلامه وإسلامه فصار حكمهن
حكم الحرائر الأصلية. وكذا لو أعتق قبل إسلامه وإسلامه ولو أسلم قبله
ثم أعتق ثم أسلم فكذلك ويكون الحكم في هذا كما لو أسلم ونحته خمس حرائر
أو أكثر على ما مر تفصيلاً .

(فصل) ولو أسلم ونحته خمس حرائر فأسلم معه منهن اثنتان احتمل أن يجبر
على اختيار إحداها ، لأنه لا بد أن يلزمه نكاح واحدة منها فلا معنى لانتظار
البواقي فإذا اختار واحدة ولم يسلم البواقي لزمه نكاح الثانية ، وكذلك إن لم يسلم
من البواقي إلا اثنتان لزمه نكاح الأربع وإن أسلم الجميع في العدة كاف أن يختار
ثلاثاً مع التي اختارها أولاً ويتفسخ نكاح الباقية ، وعلى هذا لو أسلم معه ثلاث
كف اختيار اثنتين ، وإن أسلم معه أربع كف اختيار ثلاث منهن ، إذ لا معنى
لانتظاره الخامسة ونكاح ثلاث منهن لازم له على كل حال ، ويحتمل أن لا يجبر
على الاختيار لأنه إنما يكون عند زيادة العدد على أربع وما وجد ذلك ، وكذلك
لو أسلمت معه واحدة من الإماء لم يجبر على اختيارها كذا هنا ، والصحيح هنا
أن يجبر على اختيارها لما ذكرنا من المعنى ، وأما الأمة فقد يكون له غرض
في اختيار غيرها بخلاف مسألتنا .

• مسألة . قال (وإذا تزوجها وهما كتابيان فأسلم قبل الدخول أو بعده فهي
زوجه وإن كانت هي المسلمة قبله وقبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها)
وجله ذلك إنه إذا أسلم زوج الكتابية قبل الدخول أو بعده أو أسلمت معها

فالنكاح باق بحاله سواء كان زوجها كتابيا أو غير كتابي لأن للمسلم أن يتنبدى.
نكاح كتابية فاستدامته أولى ولا خلاف في هذا بين القائلين بإجازة نكاح
الكتابية ، فاما إن أسلمت الكتابية قبله وقبل الدخول تعجلت الفرقة سواء كان
زوجها كتابيا أو غير كتابي إذ لا يجوز لكافر نكاح مسلمة ، قال ابن المنذر أجمع
على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، وإن كان إسلامها بعد الدخول فالحكم
فيه كالحكم فيها لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين على ما تقدم ، فإذا كانت هي المسلمة
قبل الدخول فلا مهر لها لأن الفسخ منها ، وقد مضى الكلام في هذا أيضا بما
فيه كفاية .

(فصل) وإذا تزوج المجوسى كتابية ثم ترافعا اليها قبل الإسلام فرق بينهما ،
قال أحمد في مجوسى تزوج كتابية يحال بينه وبينها ، قيل : من يحول بينه وبين
ذلك ؟ قال الامام ، ويحتمل هذا الكلام أن يحال بينهما وإن لم يترافعا اليها لأنها
أعلى دينا منه فيمنع نكاحها كما يمنع الذى نكاح المسلمة ، وإن تزوج الذى وثنية
أو مجوسيه ثم ترافعوا اليها فقيه وجهان :

أحدهما : يقر على نكاحها لأنها ليست أعلى دينا منه فيقر على نكاحها كما يقر
المسلم على نكاح الكتابية

والثاني : لا يقر على نكاحها لأنها من لا يقر المسلم على نكاحها فلا يقر الذى
على نكاحها كالمتردة :

« مسألة » قال : وما سمى لها وهما كافران فقبضته ثم أسلما فليس لها غيره .
وإن كان حراما ولو لم تقبضه وهو حرام فلها عليه مهر مثلها أو نصفه حيث
أوجب ذلك)

وجملته أن الكفار إذا أسلموا وتحاكموا اليها بعد العقد والقبض لم تعرض
الى ما فعلوه وما قبضت من المهر فقد نفذ وليس لها غيره حلالا كان أو حراما
بدليل قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا) فأمر
بترك ما بقى دون ما قبض ، وقال تعالى (فمن جاءه موعظة من ربه فاتبعها فله ما سلف
وأمره الى الله) ولأن التعرض للمقبوض بإبطاله يشق لتطاول الزمان وكثرة

تصرفاتهم في الحرام ففيه تنفيرهم عن الإسلام فعني عنه كما عني عما تركوه من الفرائض والواجبات ، ولأنهما تقابضا بحكم الشرك فبرئت ذمة من هو عليه منه كالأبوين يباعا فاسداً وتقابضا ، وإن لم يتقابضا فإن كان المسمى حلالا وجب ما سمي به لأنه مسمى صحيح في نكاح صحيح فوجب كتسمية المسلم ، وإن كان حراما كالخنزير والخنزير بطل ولم يحكم به لأن ما سمي به لا يجوز إتيانه في الحكم ولا يجوز أن يكون صداقا لمسلمة ولا في نكاح مسلم ويجب مهر المثل أن كان بعد الدخول ، ونصفه أن وقعت الفرة قبل الدخول وهذا معنى قوله حيث أوجب ذلك ، وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ، وقال أبو حنيفة أن كان صداقا خمرأ أو خنزيراً معينين فليس لها إلا ذلك ، وإن كانا غير معينين فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل استحساناً .

ولنا أن الخمر لا قيمة لها في الإسلام ، فكان الواجب مهر المثل كالأبوين أو خنزيراً ، ولأنه محرم فأشبه ما ذكرنا .

(فصل) وإن قبضت بعض الحرام دون بعض سقط من المهر بقدر ما قبض ووجب بحصة ما بقي من مهر المثل ، فإن كان الصداق عشرة زقاق خمر متساوية فقبلت خمسة منها سقط نصف المهر ووجب لها نصف مهر المثل وإن كانت مختلفة اعتبر ذلك بالكيل في أجد الوجهين لأنه إذا وجب اعتباره اعتبر بالكيل فيما له مثل يتأق الكيل فيه .

والثاني : يقسم على عددها لأنه لا قيمة لها فاستوى صغيرها وكبيرها ، وإن أصدقها عشرة خنازير ففيه الوجهان ، أحدهما : يقسم على عددها لما ذكرنا ، والثاني : يعتبر قيمتها كأنها عما يجوز بيعه كما تقوم شجاج الحر كأنه عبد ، وإن أصدقها كلباً وخنزيراً وثلاثة زقاق خمر ففيه ثلاثة أوجه ، أحدها : يقسم على قدر قيمتها عندهم ، والثاني : يقسم على عدد الاجناس فيجعل لكل جنس ثلث المهر ، والثالث : يقسم على العدد كله فلكل واحد سدس المهر فلكل سدسه ولكل واحد من الخنزيرين والزقاق سدسه ومذهب الشافعي فيه على نحو من هذا .

(فصل) فإن نكحها نكاحاً فاسداً وهو ما لا يقرون عليه إذا أسلموا كنكاح ذوات الرحم المحرم فأسلما قبل الدخول أو ترافقوا البنا فرق بينهما

ولا مهر لها ، قال أحمد في المجوسية تكون تحت أخيها أو أيتها فيطلقها أو يموت عنها ، وترفع إلى المسلمين بطلب مهرها لا مهر لها ، وذلك لأنه نكاح باطل من أصله لا يقر عليه في الإسلام وحصل فيه الفقرة قبل الدخول ؛ فأما أن يدخل بها فهل يجب لها مهر المثل ، يخرج على الروایتين في المسلم إذا وطئ امرأة من محارمه بشبهة .

(فصل إذا تزوج دمي ذمية على أن لا صداق لها أو سكت عن ذكره ، فلها المطالبة بفرضه إن كان قبل الدخول ، وإن كان بعده فلها مهر المثل كما في نكاح المسلمين ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : إن تزوجها على أن لا مهر لها فلا شيء لها ، وإن سكت عن ذكره ففيه روايتان ، أحدهما : لا مهر لها ، والآخرى لها مهر المثل ، واحتج بأن المهر يجب لحق الله وحققها : وقد أسقطت حقها والذي لا يطالب بحق الله تعالى .

ولنا أن هذا نكاح خلا عن تسمية فيجب للمرأة فيه مهر المثل كالمسلمة ، وإنما وجب المهر في حق المفوضة لثلاث تصير كالموهوبة والمباحة ، وهذا يوجد في حق الذمي .

(فصل) إذا ارتفعوا إلى الحاكم في ابتداء العقد لم يزوجهم إلا بشروط نكاح المسلمين لقول الله عز وجل (وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط) وقوله (وأن احكم بينهم بما أنزل الله) ولأنه لا حاجة إلى عقده بخلاف ذلك وإن أسلموا وترافعوا البنا بعد العقد لم تعرض له كفية عقدهم ونظرنا في الحال فإن كانت المرأة ممن يجوز عقد النكاح عليها ابتداء أقرهما ، وإن كانت ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كذوات محرمه فرق بينهما فإن تزوج معتدة وأسلما أو ترافعا في عدتها فرق بينهما ، لأنه لا يجوز ابتداء نكاحها . وإن كان بعد انقضائها أقر الجواز ابتداء نكاحها ، وإن كان بينهما نكاح متعة لم يقرأ عليه لأنه إن كان بعد المدة فلم يبق بينهما نكاح فإن كان في المدة فهما لا يعتقدان تأييده والنكاح عقد مؤبد إلا أن يكونا ممن يعتقدان فساد الشرط وصحة النكاح مؤبداً فيقران عليه : وإن كان بينهما نكاح شرط فيه الخيار متى شاء أو شاء أحدهما لم يقرأ عليه لأنهما لا يعتقدان لزومه إلا أن يعتقدوا فساد الشرط وحده ، وإن كان خيار مدة فأسلما فيها لم يقرأ لذلك ،

وان كان بعدها أقرا لأنهما يعتقدان لزومه وكل ما اعتقدوه فهو نكاح يقرون عليه وما لا فلا ، فلو مهر حربى حرية فوطئها أو طأعته ثم أسلما فإن كان ذلك في اعتقادهم نكاحا أقرا عليه لأنه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها فأقرا عليه كالنكاح بلا ولي ، وان لم يعتقداه نكاحا لم يقرا عليه .

(فصل) وأنكحة الكفار تتعلق بها أحكام النكاح الصحيح من وقوع الطلاق والظهار والايلاء ووجوب المهر والقسم والاباحة للزوج الاول والاخصان وغير ذلك ، ومن أجاز طلاق الكفار عطاء والشعبي والنخعي والزهري وحاد والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ولم يجوزوه الحسن وقتادة وربيعة ومالك .

ولنا أنه طلاق من بالغ عاقل في نكاح صحيح فوقع كطلاق المسلم ، فان قيل لا نسلم صحة أنكحتهم ، قلنا دليل ذلك أن الله تعالى أضاف النساء اليهم فقال (وامراته حمالة الخطب) وقال (وامرأة فرعون) وحقيقة الاضافة تقتضى زوجية صحيحة ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم « ولدت من نكاح لا من سفاح » واذا ثبت صحتهما ثبتت أحكامهما كأنكحة المسلمين ، فعلى هذا اذا طلق الكافر ثلاثا ثم تزوجها قبل زوج وأصابها ثم أسلما لم يقرا عليه ، وان طلق امرأته أقل من ثلاث ثم أسلما فهي عنده على ما بقى من طلاقها ، وان نكحها كتابي وأصابها حلت لمطلقها ثلاثا سواء كان المطلق مسلما أو كافرا ، وان ظاهر الذى من امرأته ثم أسلما فعليه كفارة الظهار لقوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) وان آلى ثبت حكم الايلاء لقوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم) .

(فصل) ويحرم عليهم فى النكاح ما يحرم على المسلمين على ما ذكرنا فى الباب قبله الا أنهم يقرون على الانكحة المحرمة بشرطين : أحدهما : أن لا يترافعوا إلينا ، والثانى : أن يعتقدوا إباحة ذلك فى دينهم لان الله تعالى قال (فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم ، وان تعرض عنهم فلن يضروك شيئا) فدل هذا على أنهم يخلون وأحكامهم اذا لم يجيئوا إلينا : ولان النبي (ص) أخذ الجزية من مجوس هجر ، ولم يعرض عليهم فى أحكامهم ولا فى أنكحتهم مع علمه أنهم

يستبيحون نكاح محارمهم ، وقد روى عن أحمد في المجوسى تزوج نصرانية قال :
يحال بينه وبينها ، قيل من يحول بينهما ؟ قال الإمام ، قال أبو بكر لأن علينا ضرراً
في ذلك يعنى بتحريم أولاد النصرانية علينا ، وهكذا يجىء على قوله في تزويج
النصراني المجوسية ويجىء على هذا القول أن يحال بينهم وبين نكاح محارمهم ،
فإن عمر رضى الله عنه كتب : أن فرقوا بين كل محرم من المجوس ، وقال أحمد
في مجوسى ملك أمة نصرانية : يحال بينه وبينها ويجبر على بيعها لأن النصراني لهم
دين ، قال ملك نصراني مجوسية فلا بأس أن يطأها ، وقال أبو بكر عبد العزيز
لا يجوز له وطؤها أيضاً لما ذكرناه من الضرر .

« مسألة ، قال (ولو تزوجها وهما مسلمان فارتدت قبل الدخول انفسخ
النكاح ولا مهر لها ، وإن كان هو المرتد قبلها وقبل الدخول فكذلك إلا أن
عليه نصف المهر) »

وجملة ذلك : أنه إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في قول
عامة أهل العلم إلا أنه حكى عن داود أنه لا يفسخ بالردة لأن الأصل بقاء النكاح
ولنا قول الله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) وقال تعالى (فلا ترجموهن
إلى الكفار لانهن حل لهن ولا هم يحلون لهن) ولأنه اختلاف دين يمنع الإصابة
فأوجب فسخ النكاح كما لو أسلمت تحت كافر ، ثم ينظر فإن كانت المرأة هي المرتدة
فلا مهر لها لأن الفسخ من قبلها ، وإن كان الرجل هو المرتد فعليه نصف المهر لأن الفسخ
من جهته ، فأشبه ما لو طلق ، وإن كانت التسمية فاسدة فعليه نصف مهر المثل .

« مسألة ، قال (وإن كانت ردتها بعد الدخول فلا نفقة لها ، وإن لم تسلم
حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها ولو كان هو المرتد فلم يعد إلى الاسلام حتى
انقضت عدتها انفسخ النكاح منذ اختلف الدينان) »

اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول حسب
اختلافها فيما إذا أسلم أحد الزوجين الكافرين ، ففي إحداهما تتعجل الفرقة ، وهو
قول أبي حنيفة ومالك ، روى ذلك عن الحسن وعمر بن عبد العزيز والثوري وزفر

وأبي ثور وابن المنذر لأن ما أوجب فسخ النكاح استوى فيه ما قبل الدخول وبعده كالرضاع : والثانية : يقف على انقضاء العدة فإن أسلم المرتد قبل انقضائها فهما على النكاح ، وإن لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اختلف الدينان ، وهذا مذهب الشافعي لأنه لفظ تنفع به الفرقة ، فإذا وجد بعد الدخول جاز أن يقف على انقضاء العدة كالطلاق الرجعي أو اختلاف دين بعد الإصابة فلا يوجب فسخه في الحال كإسلام الحرية تحت الحرب ، وقياسه على إسلام أحد الزوجين أقرب من قياسه على الرضاع .

فأما النفقة فإن قلنا بتعجيل الفرقة فلا نفقة لها لأنها بائن منه ، وإن قلنا يقف على انقضاء العدة وكانت المرأة المرتدة فلا نفقة لها لأنه لا سبيل للزوج إلى رجعتها وتلافي نكاحها فلم يكن لها نفقة كما بعد العدة ، وإن كان هو المرتد فعليه النفقة للعدة لأنه بسبيل من الاستمتاع بها بأن تسلم ويمكنه تلافي نكاحها فكانت النفقة واجبة عليه كزوج الرجعية .

(فصل)

فإن ارتد الزوجان معاً فحكمهما حكم ما لو ارتد أحدهما ، إن كان قبل الدخول تعجلت الفرقة ، وإن كان بعده فهل تعجل أو يقف على انقضاء العدة ؟ على روايتين وهذا مذهب الشافعي .

قال أحمد في رواية ابن منصور : إذا ارتدا معاً أو أحدهما ثم تابا أو تاب فهو أحق بها ما لم تنقض العدة ، وقال أبو حنيفة : لا يفسخ النكاح استحساناً لأنه لم يختلف بهما الدين فأشبه ما لو أسلما .

ولنا أنها ردة طارئة على النكاح فوجب أن يتعلق بها فسخه ، كما لو ارتد أحدهما ولأن كل ما زال عنه ملك المرتد إذا ارتد وحده زال إذا ارتد غيره معه كاله ، وما ذكره يبطل بما إذا انتقل المسلم واليهودية إلى دين النصرانية فإن نكاحهما يفسخ وقد انتقلا إلى دين واحد ، وأما إذا أسلما فقد انتقلا إلى دين الحق ويقران عليه بخلاف الردة .

(فصل) وإذا ارتد أحد الزوجين أو ارتدا معاً منع وطأها ، فإن وطئها في عدتها وقلنا أن الفرقة تعجلت فلها عليه مهر مثلها لهذا الوطء مع الذي يثبت عليه .

بالنكاح لأنه وطئ أجنبية فيكون عليه مهر مثلها ، وإن قلنا إن الفرقة موقوفة على انقضاء العدة فإن أسلم المرتد منهما أو أسلم جميعا في عدتها وكانت الردة منهما فلا مهر لها عليه بهذا الوطء لأننا تبينا أن النكاح لم يزل وأنه وطئها وهي زوجته وإن ثبتا أو ثبت المرتد منهما على الردة حتى انقضت عدتها فلها عليه مهر المثل لهذا الوطء لأنه وطئ في غير نكاح يشبه النكاح لأننا تبينا أن الفرقة وقعت منذ اختلف الدينان ، وهكذا الحكم فيما إذا أسلم أحد الزوجين بعد الدخول فوطئها في العدة قبل اسلام الآخر ، فالحكم فيه مثل الحكم هنا لما ذكرنا من التعليل فيه .

(فصل) وإذا أسلم أحد الزوجين ثم ارتد نظرت فإن لم يسلم الآخر في العدة تبينا أن وقوع الفرقة كان منذ اختلف الدينان وعدتها من حين أسلم المسلم منهما وإن أسلم الآخر منهما في العدة قبل ارتداد الأول اعتبر ابتداء العدة من حين ارتد لأن حكم اختلاف الدين بإسلام الأول زال بإسلام الثاني في العدة ، ولو أسلم وتحت أكثر من أربع نسوة فأسلمن معه ثم ارتد لم يكن له أن يختار منهن لأنه لا يجوز أن يتبدى العقد عليهن في هذه الحال وكذلك لو ارتد دون دونه أو معه لم يكن له أن يختار منهن لذلك .

(فصل) فإذا تزوج الكافر بمن لا يقر على نكاحه في الإسلام مثل أن جمع بين الاختين أو بين عشر نسوة أو نكح معتدة أو مرتدة ثم طلقها ثلاثا ثم أسلم لم يكن له أن ينكحها لأننا أجرينا أحكامهم على الصحة فيما يعتقدونه في النكاح فكذلك في الطلاق ، ولهذا جاز له إمساك الثانية من الاختين والخامسة المفقود عليها آخر .

مسألة ، قال (وإذا زوج وليته على أن يزوجه الآخر وليته فلا نكاح بينهما وإن صموا مع ذلك صداقا أيضا)

هذا النكاح يسمى الشغار ، فقيل إنما سمى شغارا لقبجه تشبيها برفع الكلب رجله ليبول في القبح ، يقال شفر الكلب إذا رفع رجله ليبول ، وحكى عن الأصمعي أنه قال : الشغار الرفع فكان كل واحد منهما رفع رجله للآخر عما يريد ، ولا تختلف الرواية عن أحد في أن نكاح الشغار فاسد رواه عنه جماعة .

قال أحمد : وروى عن عمر بن عبد العزيز بن ثابت أنها فرقا فيه ، وهو قول مالك والشافعي ، وحكى عن عطاء وعمرو بن دينار ومكحول والزهرى والثورى أنه يصح وتفسد التسمية ويجب مهر المثل لأن الفساد من قبل المهر لا يوجب فساد العقد كما لو تزوج على مهر أو خنزير وهذا كذلك .

ولنا ما روى ابن عمر ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار ، متفق عليه ، وروى أبو هريرة مثله أخرجه مسلم ، وروى الأثرم بإسناده عن عمران بن حصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ، لا جلب ولا جنب ولا شغار فى الإسلام ، ولأنه جعل كل واحد من العقدين سلفا فى الآخر فلم يصح كما لو قال بعتى ثوبك على أن أبيعك ثوبى .

وقولهم : إن فساد من قبل التسمية ، قلنا لا بل افساده من جهة أنه وقفه على شرط فاسد أو لأنه شرط تمليك البضع لغير الزوج فإنه جعل تزويجه إياها مهرا للآخرى فكان ملكه إياه بشرط انتزاعه منه ، إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يقول على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى أو لم يقل ذلك .

وقال الشافعي : هو أن يقول ذلك ولا يسمى لكل واحدة صداقا ، لما روى ابن عمر ، أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار ، والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجتك بنتى على أن تزوجنى بنتك ويكون بضع كل واحدة منهما مهرا لآخرى ، ولنا ما روى ابن عمر ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته وليس بينهما صداق ، هذا لفظ الحديث الصحيح المتفق عليه .

وفى حديث أبي هريرة ، والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجنى ابنتك وأزوجك ابنتى أو زوجنى أختك وأزوجك أختى ، رواه مسلم ، وهذا يجب تقديمه لصحته وعلى أنه قد أمكن الجمع بينهما بأن يعمل بالجميع ويفسد النكاح باى ذلك كان ، ولأنه إذا شرط فى نكاح إحداها تزويج الأخرى فقد جعل بضع كل واحدة صداق الأخرى ففسد كما لو لفظ به ، فأما أن سموا مع ذلك صداقا فقال زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة أو مهر ابنتى مائة ومهر ابنتك خمسون أو أقل أو أكثر فالمنصوص عن أحدنا وقفنا عليه صحته

وهو قول الشافعي ، لما تقدم من حديث ابن عمر ، ولأنه قد سمي صداقا نصح
كألو لم يشترط ذلك .

وقال الخرقى : لا يصح لحديث أبي هريرة ولما روى أبو داود عن الأعرج
، أن العباس بن عبيد الله بن العباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته وأنكحه
عبد الرحمن ابنته وكانا جعللا صداقا فكتب معاوية إلى مروان فأمره أن يفرق
بينهما ، وقال في كتابه : هذا الشغار الذي نهي عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم .
ولأنه شرط نكاح إحداهما لنكاح الأخرى فلم يصح كألو بسميا صداقا ، بحقه
أن عدم التسمية ليس بفسد للعقد ، بدليل نكاح المفوضة فدل على أن المفسد هو
الشرط وقد وجد ولأنه سلف في عقد فلم يصح كألو قال بعثك ثوبى بعشرة على
أن تبعني ثوبى بعشرين ، وهذا الاختلاف فيما إذا لم يصرح بالتشريك ، فأما إذا
قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة وبضع الأخرى
فالنكاح فاسد لأنه صرح بالتشريك فلم يصح العقد كألو لم يذكر مسمى .

(فصل)

ومتى قلنا بصحة العقد إذا سميا صداقا ففيه وجهان . أحدهما : تفسد التسمية
ويجب مهر المثل ، وهذا قول الشافعي ، لأن كل واحد منهما لم يرض بالمسمى
الا بشرط أن يزوج وليه صاحبه فينقص المهر لهذا الشرط وهو باطل ، فإذا احتجنا
إلى ضمان النقص صار المسمى مجهولا فيبطل ، والوجه الذي ذكره القاضي في الجامع
أنه يجب المسمى لأنه ذكر قدراً معلوماً يصح أن يكون مهراً نصح كألو قال
زوجتك ابنتي على ألف على أن لي منها مائة والله أعلم .

(فصل) وان سمي لأحداهما مهراً دون الأخرى فقال أبو بكر يفسد النكاح
فيهما لأنه فسد في إحداهما ففسد في الأخرى والأولى أنه يفسد في التي لم يسم لها
صداقا لأن نكاحها خلا من صداق سوى نكاح الأخرى ويكون في التي سمي لها
صداقا روايتان ، لأن فيه تسمية وشرطا ، فأشبه ما لو سمي لكل واحدة منهما مهراً
ذكره القاضي هكذا .

(فصل) فإن قال زوجتك جاريتي هذه على أن تزوجني ابنتك وتكون
رقتها صداقا لابنتك لم يصح تزويج الجارية في قياس المذهب لأنه لم يجعل لها صداقا

سوى تزويج ابنته ، وإذا زوجه ابنته على أن يجعل رقبة الجارية صداقا لها صحت ، لأن الجارية تصلح أن تكون صداقا ، وإن زوح عبده امرأة وجعل رقبته صداقا لها لم يصح الصداق لأن ملك المرأة زوجها يمنع صحة النكاح فيفسد الصداق ويصح النكاح ويجب مهر المثل .

• مسألة ، قال رحمه الله تعالى (ولا يجوز نكاح المتعة)

معنى نكاح المتعة أن يتزوج المرأة مدة ، مثل أن يقول زوجتك ابنتي شهرا أو سنة أو إلى انقضاء الموسم أو قدوم الحاج وشبهه ، سواء كانت المدّة معلومة أو مجهولة فهذا نكاح باطل ، نص عليه أحمد فقال : نكاح المتعة حرام . وقال أبو بكر : فيها رواية أخرى أنها مكروهة غير حرام ، لأن ابن منصور سأل أحمد عنها ؟ فقال : يجتنبها أحب إلى ، قال فظاهر هذا الكراهة دون التحريم وغير أبي بكر من أصحابنا يمنع هذا ويقول في المسألة رواية واحدة في تحريمها ، وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء .

ومن روى عنه تحريمها عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود وابن الزبير : قال ابن عبد البر : وعلى تحريم المتعة مالك وأهل المدينة وأبو حنيفة في أهل الكوفة والأوزاعي في أهل الشام والليث في أهل مصر والشافعي وسائر أصحاب الآثار ، وقال زفر يصح النكاح ويبطل الشرط

وحكى عن ابن عباس أنها جائزة وعليه أكثر أصحابه عطاء وطاوس . وبه قال ابن جريج . وحكى ذلك عن أبي سعيد الخدري وجابر . وإليه ذهب الشيعة لأنه قد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أذن فيها ، وروى أن عمر قال : متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أفانئ عنهما وأعاقب عليهما ؟ متعة النساء ومتعة الحج . ولأنه عقد على منفعة فيكون مؤقتا كالاجارة .

ولنا ما روى الربيع بن سبرة أنه قال : أشهد على أبي أنه حدث أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنه في حجة الوداع ، وفي لفظ : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم متعة النساء ، رواه أبو داود . وفي لفظ : رواه ابن ماجه ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم المتعة فقال : يا أيها الناس اني كنت اذنت لكم في الاستمتاع .

ألا وإن الله قد حرمها إلى يوم القيامة ، وروى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه
 أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن لحوم الحمر
 الأهلية ، رواه مالك في الموطأ ، وأخرجه الأئمة النسائي وغيره . واختلف أهل
 العلم في الجمع بين هذين الخبرين ، فقال قوم في حديث علي تقديم وتأخير ، وتقديره
 أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر ونهى عن متعة
 النساء ولم يذكر مبيقات النهي عنها ، وقد بينه الربيع بن سبرة في حديثه أنه كان في
 حجة الوداع ، حكاه الإمام أحمد عن قوم . وذكره ابن عبد البر . وقال الشافعي :
 لا أعلم شيئاً أحله الله ثم حرمه ثم أحله ثم حرمه إلا المتعة ، لحمل الأمر على ظاهره
 وإن النبي صلى الله عليه وسلم حرمها يوم خيبر ثم أباحها في حجة الوداع ثلاثة أيام
 ثم حرمها ، ولأنه لا تتعلق به أحكام النكاح من الطلاق والظهار واللعان والتوارث
 فكان باطلا كسائر النكحة الباطلة . وأما قول ابن عباس فقد حكى عنه الرجوع
 عنه . وروى أبو بكر ياسناده عن سعيد بن جبير قال : قلت لابن عباس لقد كثرت
 المقالة في المتعة حتى قال فيها الشاعر :

أقول وقد طال الثواء بنا معا يا صاح هل لك في فتيا ابن عباس ؟
 هل لك في رخصة الاطراف آتية تكون مثواك حتى مصدر الناس
 فقام خطيبا وقال : إن المتعة كالميتة والدم ولحم الخنزير ، فأما اذن رسول الله
 صلى الله عليه وسلم فيها فقد ثبت نسخه . وأما حديث عمر — ان صح عنه —
 فالظاهر انه إنما قصد الاخبار عن تحريم النبي صلى الله عليه وسلم لها ونهيه عنها ،
 اذ لا يجوز ان ينهى عما كان النبي صلى الله عليه وسلم أباحه وبقي على إباحته .

فصل

وان تزوجها بغير شرط الا أن في نيتة طلاقها بعد شهر أو اذا انقضت حاجته
 في هذا البلد فالنكاح صحيح في قول عامة أهل العلم الا الأوزاعي قال هو نكاح
 متعة ، والصحيح انه لا بأس به ولا تضر نيتة ، وليس على الرجل ان ينوي حبس
 امرأته ، وحسبه ان وافقته والا طلقها

« مسألة ، قال (ولو تزوجها على أن يطلقها في وقت بعينه لم ينعقد النكاح)

يعنى اذا تزوجها بشرط ان يطلقها في وقت معين لم يصح النكاح ، سواء كان مطوفاً أو مجهولاً ، مثل أن يشترط عليه طلاقها ان قدم أبوها أو أخوها ، وقال أبو حنيفة : يصح النكاح ويبطل الشرط ، وهو أظهر قولى الشافعى ، قاله فى عامة كتبه لان النكاح وقع مطلقاً ، واذا شرط على نفسه شرطاً ، وذلك لا يؤثر فيه كالمو شرطه أن لا يتزوج عليها ولا يسافر بها ولنا أن هذا شرط مانع من بقاء النكاح فأشبهه نكاح المتعة ، وبما روى ما قاسوا عليه فإنه لم يشترط قطع النكاح

« مسألة ، قال (وكذلك ان شرط عليه ان يحلها لزوج كان قبله)

وجملته أن نكاح المحلل حرام باطل فى قول عامة أهل العلم ، منهم الحسن والنخعى وقتادة ومالك والليث والثورى وابن المبارك والشافعى ، وسواء قال زوجنكمها الى ان تطأها ، او شرط انه اذا أحلها فلا نكاح بينها ، او انه اذا أحلها للأول طلقها . وحكى عن أبى حنيفة انه يصح النكاح ويبطل الشرط . وقال الشافعى فى الصورتين الأولتين لا يصح ، وفى الثالثة على قولين

ولنا ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال « لعن الله المحلل والمحلل له » رواه أبو داود وابن ماجه والترمذى ، وقال حديث حسن صحيح والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب النبى (ص) منهم عمر بن الخطاب وعثمان وعبد الله بن عمر وهو قول الفقهاء من التابعين . وروى ذلك عن على وابن مسعود وابن عباس ، وقال ابن مسعود « المحلل والمحلل له ملعون على لسان محمد صلى الله عليه وسلم ،

وروى ابن ماجه عن عتبة بن عامر ان النبى (ص) قال « ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟ قالوا بلى يا رسول الله ، قال هو المحلل . لعن الله المحلل والمحلل له » وروى الأثرم بإسناده عن قبيصة بن جابر قال : سمعت عمر وهو يخطب الناس وهو يقول « والله لا أوتى بمحل ولا محل له الا رجعتما ، ولأنه نكاح الى مدة أو فيه شرط يمنع بقاءه فأشبهه نكاح المتعة

(فصل)

فإن شرط عليه التحليل قبل العقد ولم يذكره في العقد ونواه في العقد أو نوى التحليل من غير شرط فالتكاح باطل أيضا .

قال اسماعيل بن سعيد : سألت أحمد عن الرجل يتزوج المرأة وفي نفسه أن يحلها لزوجها الأول ولم تعلم المرأة بذلك ؟ قال هو محلل ، إذا أراد بذلك الإحلال فهو ملعون . وهذا ظاهر قول الصحابة رضي الله عنهم . وروى نافع عن ابن عمر ، أن رجلا قال له : امرأة تزوجتها أحلها لزوجها لم يأمرنى ولم يعلم . قال لا . إلا نكاح رغبة ، إن أعجبتك أمسكها وإن كرهتها فارقها . قال : وإن كنا نعهده على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم سفاحا . وقال : لا يزالان زانيين وإن مكثا عشرين سنة ، إذا علم أنه يريد أن يحلها . وهذا قول عثمان رضي الله عنه .

وجاء رجل إلى ابن عباس فقال له : إن عمي طلق امرأته ثلاثا أيحلها له رجل ؟ قال : من يخادع الله يخدعه ، وهذا قول الحسن والنخعي والشمعي وقتادة وبكر المزني والليث ومالك والثوري وإسحاق . وقال أبو حنيفة والشافعي : العقد صحيح . وذكر القاضي في صحته وجها مثل قولها ، لأنه خلا عن شرط يفسده ، فأشبهه ما لو نوى طلاقها لغير الإحلال ، أو ما لو نوت المرأة ذلك ، ولأن العقد إنما يبطل بما شرط لا بما قصد ، بدليل ما لو اشترى عبدا فشرط أن يبيعه لم يصح ، ولو نوى ذلك لم يبطل . ولأنه روى عن عمر رضي الله عنه ما يدل على إجازته .

وروى أبو حفص بإسناده عن محمد بن سيرين قال : قدم مكة رجل ومعه أخوة له صغار وعليه إزار من بين يديه رقعة ومن خلفه رقعة ، فسأل عمر فلم يعطه شيئا فبينما هو كذلك إذ نزع الشيطان بين رجل من قریش وبين امرأته فطلقها ، فقال لها : هل لك أن تعطي ذا الرقعتين شيئا ويملك لي ؟ قالت نعم إن شئت : فأخبروه بذلك . قال نعم . وتزوجها ودخل بها . فلما أصبحت أدخلت إخوته الدار ، فجاء القرشي يحوم حول الدار ويقول : يا ويله غلب على امرأته ، فأتى عمر فقال : يا أمير المؤمنين غلبت على امرأتى . قال من غلبك ؟ قال ذو الرقعتين . قال أرسلوا إليه ، فلما جاءه الرسول ، قالت له المرأة : كيف موضعك من قومك ؟ قال ليس بموضعى بأس . قالت إن أمير المؤمنين يقول لك طلق امرأتك ، فقل لا والله لا أطلقها

فإنه لا يكرهك ، والبسته حلة فلما رآه عمر من بعيد قال الحمد لله الذى رزق ذا الرقعتين
فدخل عليه فقال : أتطلق امرأتك ؟ قال لا والله لا أطلقها : قال عمر : لو طلقها
لا وجدت رأسك بالسوط ، رواه سعيد عن هشيم عن يونس بن عبيد عن ابن سيرين
نحواً من هذا وقال من أهل المدينة ، وهذا قد تقدم فيه الشرط على العقد : ولم
ير به عمر بأسا .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : لعن الله المحلل والمحلل له ، وقول من
سمينا من الصحابة ولا يخالف لهم فيكون اجماعاً ، ولأنه قصد به التحليل ،
فلم يصح كما لو شرطه

وأما حديث ذى الرقعتين فقال أحمد : ليس له استناد ، يعنى أن ابن سيرين لم
يذكر استاده الى عمر .

وقال أبو عبيد : هو مرسل فإين هو من الذى سمعوه بخطبه به على المنبر
، لا أوتى بمحلل ولا محلل له الا رجعتما ، ولأنه ليس فيه أن ذا الرقعتين قصد
التحليل ولا نواه ، واذا كان كذلك لم يتناول محل النزاع

(فصل)

فإن شرط عليه أن يحلها قبل العقد فتوى بالعقد غير ما شرطوا عليه وقصد
نكاح رغبة ، صخ العقد لانه خلا عن نية التحليل وشرطه فصيح ، كما لو لم يذكر
ذلك ، وعلى هذا يحمل حديث ذى الرقعتين ، وان قصدت المرأة التحليل أو وليها
دون الزوج لم يؤثر ذلك فى العقد

وقال الحسن وإبراهيم : اذا هم أحد الثلاثة فسد النكاح
قال أحمد : كان الحسن وإبراهيم والتابعون يشددون فى ذلك قال أحمد :
الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أتريدون ان ترجعنى الى رقاعة؟ ونية المرأة
ليس بشئ ، إنما قال النبي صلى الله عليه وسلم : لعن الله المحلل والمحلل له ، ولأن
العقد إنما يطل بنية الزوج ، لانه الذى اليه المفارقة والامساك ، أما المرأة فلا تملك
رفع العقد ، فوجود نيتها وعدمها سواء ، وكذلك الزوج الأول لا يملك شيئاً من
العقد ولا من رفعه ، فهو أجنى كسائر الاجانب

فإن قيل : كيف لعنه النبي صلى الله عليه وسلم ؟ قلنا : إنما لعنه إذا رجع إليها
بذلك التحليل لأنها لم تحل له ، فكان زانيا فاستحق اللعنة لذلك .

(فصل) فإن اشترى عبداً فزوجها إياه ثم وهبها إياه لينفسخ النكاح بملكها
له لم يصح ، قال أحمد في رواية حنبل : إذا طلقها ثلاثاً وأراد أن يراجعها فاشترى
عبداً فاعتقه وزوجها إياه فهذا الذي نهى عنه عمر يؤدى بأن جميعاً : وهذا فاسد ليس
بكفء وهو شبه المحلل ، وعمل أحد فساد بهيئين .

أحدهما : شبه بالمحلل لأنه إنما زوجه إياها ليحلها له .

الثاني : كونه ليس بكفء لها وتزويجه لها في حال كونه عبداً أبلغ في هذا
المعنى لأن العبد في عدم الكفاءة أشد من المولى ، والسيد له سبيل إلى إزالة نكاحه
من غير ارادته بأن يهبه للمرأة فينفسخ نكاحه بملكها إياه والمولى بخلاف ذلك ،
ويحتمل أن يصح النكاح إذا لم يقصد العبد التحليل لأن المعتبر في الفساد نية الزوج ،
لا نية غيره ولم ينو ، وإذا كان مولى ولم ينو التحليل فهو أولى بالصحة ، لأنه
لا سبيل لمعتقه إلى فسخ نكاحه ولا عبرة بنيته .

(فصل) ونكاح المحلل فاسد يثبت فيه سائر أحكام العقود الفاسدة ولا يحصل
به الإحصان ، ولا الإباحة للزوج الأول ، كما لا يثبت في سائر العقود الفاسدة .
فإن قيل : فقد سماه النبي صلى الله عليه وسلم محملاً ، وسمى الزوج محملاً له :
ولو لم يحصل الحل لم يكن محملاً ولا محملاً له ، قلنا : إنما سماه محملاً لأنه قصد
التحليل في موضع لا يحصل فيه الحل ، كما قال (ص) « ما آمن بالقرآن من استحل
محارمه » وقال الله تعالى (يحلون عاماً ويحرمونه عاماً) ولو كان محملاً في الحقيقة
والآخر محملاً له ، لم يكونا ملعونين .

• مسألة ، قال رحمه الله (وإذا عقد المحرم نكاحاً لنفسه أو لغيره : أو عقد
نكاحاً لمحرم أو على محرمة ، فالنكاح فاسد)

وجملته أن المحرم إذا تزوج لنفسه أو عقد النكاح لغيره ، ككونه ولها أو
وكيلاً ، فإنه لا يصح لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ينكح المحرم ولا ينكح
ولا يخطب » رواه مسلم ، وإن عقد الحلال نكاحاً لمحرم بأن يكون وكيلاً له

أو وليا عليه ، أو عقده على محرمة لم يصح لدخوله في عموم الحديث لأنه إذا تزوج له وكيله فقد نكح ، وحكى القاضى في كون المحرم وليا لغيره روايتين . أحدهما : لا تصح وهي اختيار الحرقى . والثانية : تصح ، وهي اختيار أبي بكر ، لأن النكاح حرم على المحرم لأنه في دواعى الوطء المفسد للحج . ولا يحصل ذلك فيه بكونه وليا لغيره ، والأول أولى لدخوله في عموم الخبر ، ولأنه عقد لا يصح للمعرم ، فلا يصح منه كشراء الصيد ، وقد مضت هذه المسألة في الحج بأبسط من هذا الشرح .

مسألة ، قال رحمه الله ﴿ وأى الزوجين وجد بصاحبه جنونا أو جذاما أو برصا ، أو كانت المرأة رتقاء أو قرناء أو عفلاء أو فتقاء ، أو الرجل مجنونا ، فلمن وجد ذلك منها بصاحبه الخيار في فسخ النكاح ﴾

الكلام في هذه المسألة في فصول أربعة ، الأول : أن خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين لعيب يجرده في صاحبه في الجملة ، روى ذلك عن عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس ، وبه قال جابر والشافعى وإسحاق . وروى عن علي ، لا ترد الحرقة بعيب ، وبه قال النخعي والثوري وأصحاب الرأى ، وعن ابن مسعود لا يفسخ النكاح بعيب . وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، إلا أن يكون الرجل مجنونا أو عتينا فإن للمرأة الخيار ، فإن اختارت الفراق فرق الحاكم بينهما بطلقة ولا يكون فسخا لأن وجود العيب لا يقتضى فسخ النكاح كالعمى والزمانة وسائر العيوب .

ولنا أن المختلف فيه عيب يمنع الوطء ، فثبت الخيار كالجب والعنة ، ولأن المرأة أحد العوضين في النكاح لجاز رده بالعيب كالصداق أو أحد العوضين في عقد النكاح لجاز رده بالعيب أو أحد الزوجين ، فثبت له الخيار بالعيب في الآخر كالمرأة ، وأما غير هذه العيوب فلا يمنع المقصود بعقد النكاح وهو الوطء بخلاف العيوب المختلف فيها ، فإن قيل : فالجنون والجذام والبرص لا يمنع الوطء : قلنا : بل يمنع ، فإن ذلك يوجب نفرة تمنع قربانه بالكلية ومسه ، ويخاف منه التعبدى الى نفسه ونسله ، والمجنون يخاف منه الجنابة فصار كالمانع المحسى .

الفصل الثاني في عدد العيوب المجوزة للفسخ

وهي فيما ذكر الحرق ثمانية ، ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي الجنون والجذام والبرص ، واثنان يختصان الرجل وهما الجب والعتة ، وثلاثة تختص بالمرأة وهي الفتق والقرن والعفل ، وقال القاضي : هي سبعة جعل القرن والعفل شيئا واحدا وهو الرتق أيضا وذلك لحم ينبت في الفرج ، وحكى ذلك عن أهل الأدب ، وحكى نحوه عن أبي بكر ، وذكره أصحاب الشافعي ، وقال الشافعي القرن عظم في الفرج يمنع الوطء ، وقال غيره لا يكون في الفرج عظم إنما هو لحم ينبت فيه . وحكى عن أبي حفص أن العفل كالرغوة في الفرج يمنع لذة الوطء ، فعلى هذا يكون عيبا تاما ، وقال أبو الخطاب الرتق أن يكون الفرج مسدودا يعني أن يكون ملتصقا لا يدخل الذكر فيه ، والقرن والعفل لحم ينبت في الفرج فيفسده فمما في معنى الرتق إلا أنها نوع آخر ، وأما الفتق فهو انخراق ما بين مجرى البول ومجرى المني ، وقيل ما بين القبل والدبر ، وذكرها أصحاب الشافعي سبعة أسقطوا منها الفتق ومنهم من جعلها ستة جعل القرن والعفل شيئا واحدا ، وإنما اختص الفسخ بهذه العيوب لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالذكاح فإن الجذام والبرص يثيران نفرة في النفس تمنع قربانه ويخشى تعديه إلى النفس والنسل فيمنع الاستمتاع ، والجنون يثير نفرة ويخشى ضرره والجب والرتق يتعذر معه الوطء والفتق يمنع لذة الوطء وفائدته ، وكذلك العفل على قول من فسره بالرغوة فإن اختلفا في وجود العيب مثل أن يكون بجسده بياض يمكن أن يكون بهما أو مرارا واختلفا في كونه برصا أو كانت به علامات الجذام من ذهاب شعر الحاجبين فاختلفا في كونه جذاما فإن كانت للمدعى بيته من أهل الخبرة والثقة يشهدان له بما قال ثبت قوله والا حلف المنكر والقول قوله لقول النبي صلى الله عليه وسلم : ولكن اليمين على المدعى عليه ، وإن اختلفا في عيوب النساء أريت النساء الثقات ويقبل فيه قول امرأة واحدة فإن شهدت بما قال الزوج والا فالقول قول المرأة ، وأما الجنون فإنه يثبت الخيار سواء كان مطبقا أو كان يحسن في الاحيان لأن النفس لا تسكن إلى من هذا حاله إلا أن يكون مريضا بمعنى عليه ثم يزول فذلك مرض لا يثبت به خيار

فإن زال المرض ودام به الاغناء فهو كالجنون يثبت به الخيار ، وأما الجب فهو أن يكون جميع ذكره مقطوعا أو لم يبق منه إلا ما لا يمكن الجماع به ، فإن بقي منه ما يمكن الجماع به ويغيب منه في الفرج قدر الحشفة فلا خيار لها لأن الوطء يمكن ، وإن اختلفا في ذلك فالقول قول المرأة لأنه يضعف بالقطع والأصل عدم الوطء ويحتمل أن القول قوله كما لو ادعى الوطء في العنة ، ولأن له ما يمكن الجماع بمثله فأشبهه من له ذكر قصير .

الفصل الثالث : أنه لا يثبت الخيار لغير ما ذكره لأنه لا يمنع من الاستمتاع بالمعقود عليه ولا يخشى تعديبه فلم يفسخ به النكاح كالعمى والعرج ، ولأن الفسخ إنما يثبت بنصر أو اجماع أو قياس ولا نص في غير هذا ولا اجماع ولا يصح قياسها على هذه العيوب لما بينها من الفرق ، وقال أبو بكر وأبو حفص إذا كان أحدهما لا يستمسك بوله ولا خلاؤه فلآخر الخيار ، قال أبو الخطاب : ويخرج على ذلك من به الباسور والناسور والقروح السبالة في الفرج لأنها تثير نفرة وتعدى نجاستها وتسمى من لا يحبس نجوها الشريف ومن لا يحبس بولها الماشول ومثلها من الرجال الأفين ، وقال أبو حفص والخصاء عيب يرد به وهو أحد قولى الشافعى ، لأن فيه نقصا وعارا وينع الوطء أو يضعفه .

وقد روى أبو عبيد ياسناده عن سليمان بن يسار أنه ابن سندر تزوج امرأة وهو خصى فقال له عمر أعلتها ؟ قال لا ، قال أعلها ثم خيرها ، وفي البخار وكون أحد الزوجين خنثى وجهان .

أحدهما : يثبت الخيار لأن فيه نفرة ونقصا وعارا والبخار تن الفم ، وقال ابن حامد هو تن في الفرج يشور عند الوطء وهذا إن أراد به أنه يسمى أيضا بخرا ويثبت الخيار ، والا فلا معنى له فإن تن الفم يسمى بخرا وينع مقاربة صاحبه إلا على كره وما عدا هذا فلا يثبت الخيار وجهها واحدا كالقرع والعمى والعرج وقطع اليدين والرجلين لأنه لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديبه ، ولا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافا إلا أن الحسن قال . إذا وجد الآخر عقيا يخير وأحب أحمد تبين أمره وقال عسى امرأته تريد الولد ، وهذا في ابتداء النكاح

فأما الفسخ فلا يثبت به ولو ثبت بذلك لثبت في الأيسة، ولأن ذلك لا يعلم فإن رجلاً لا يولد لأحدهم وهو شاب ثم يولد له وهو شيخ فلا يتحقق ذلك منها، وأما سائر العيوب فلا يثبت بها فسخ عندم والله أعلم .

الفصل الرابع : أنه إذا أصاب أحدهما بالآخر عيباً وبه عيب من غير جنسه كالإبرص يجد المرأة مجنونة أو مجذومة فلكل واحد منها الخيار لوجود سببه إلا أن يجد المجهوب المرأة رتقاء فلا ينبغي أن يثبت لها الخيار لأن عيبه ليس هو المانع لصاحبه من الاستمتاع وإنما امتنع لعيب نفسه ، وإن وجد أحدهما بصاحبه عيباً به مثله ففيه وجهان .

أحدهما : لا خيار لهما لأنها متساويان ولا ميزة لأحدهما على صاحبه فأشبهها الصحيحين .

والثاني : له الخيار لوجود سببه فأشبهه ما لو غر عبد بامة .

(فصل) وإن حدث العيب بأحدهما بعد العقد ففيه وجهان ، أحدهما : يثبت الخيار وهو ظاهر قول الخرقي لأنه قال : فإن جب قبل الدخول فلها الخيار في وقتها لأنه عيب في النكاح يثبت الخيار مقارناً فأثبتته طائفاً كالإعسار وكالرق فإنه يثبت الخيار إذا قارن ، مثل أن تغر الأمة من عبد ويثبت إذا طرأت الحرية مثل أن أعتقت الأمة تحت العبد ، ولأنه عقد على منفعة لحدوث العيب بها يثبت الخيار كالإجارة ، والثاني : لا يثبت الخيار ، وهو قول أبي بكر وابن حامد ، ومذهب مالك ، لأنه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد ، أشبه الحوادث بالمبيع ، وهذا ينتقض بالعيب الحادث في الإجارة ، وقال أصحاب الشافعي إن حدث بالزوج ثبت الخيار ، وإن حدث بالمرأة فكذلك في أحد الوجهين والآخر لا يثبت لأن الرجل يمكنه طلاقها بخلاف المرأة .

ولنا أنها تساويان فيما إذا كان العيب سابقاً فتساويان فيه لاحقاً كالمبتاعين .

(فصل) ومن شرط ثبوت الخيار بهذه العيوب : أن لا يكون عالماً بها وقت العقد ولا يرضى بها بعده ، فإن علم بها في العقد أو بعده فوضي فلا خيار له ، لا نعلم فيه خلافاً لأنه رضى به فأشبهه المشتري المعيب ، وإن ظن العيب يسيراً فإن كثيراً كن ظن أن البرص في قليل من جسده فإن في كثير منه فلا خيار له أيضاً لأنه

من جنس ما رضى به ، وإن رضى بغيره فإن به غيره فلا خيار لأنه وجد به عيبا لم يرض به ولا يحنسه فثبت له الخيار كالمبيع إذا رضى بعيب فيه فوجد به غيره ، وإن رضى بعيب فزاد بعد العقد كأن كان به قليل من العيب فأنبسط في جملته فلا خيار له لأن رضاه به رضى بما يحدث منه .

(فصل) وخيار العيب ثابت على التراخي لا يسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى به من القول والاستمتاع من الزوج أو التمسكين من المرأة ، هذا ظاهر كلام الحرقى ، لقوله : فإن علمت أنه عيب فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك ، وذكر القاضى أنه على الفور ، وهو مذهب الشافعى ، فتى آخر الفسخ مع العلم والامكان بطل خياره لأنه خيار الرد بالعيب فكان على الفور كالذى في البيع ولنا أنه خيار له لدفع ضرر متحقق فكان على التراخي كخيار القصاص ، وخيار العيب في المبيع يمنع ، ثم الفرق بينهما أن ضرره في المبيع غير متحقق لأنه قد يكون المقصود ماله أو خدمته ويحصل ذلك مع عيبه ، وهذا المقصود الاستمتاع ويفوت بذلك عيبه ؛ وأما خيار المجبرة والشفعة والمجلس فهو لدفع ضرر غير متحقق (فصل) ويحتاج الفسخ إلى حكم حاكم لأنه مجتهد فيه فهو كفسخ العنة والفسخ للأعسار بالنفقة ، ويخالف خيار المعتقة فإنه متفق عليه .

مسألة ، قال (وإذا فسخ قبل الميسر فلا مهر ، وإن كان بعده وادعى أنه ما لم حلف وكان له أن يفسخ وعليه المهر يرجع به على من غره)

الكلام في هذه المسألة في فصول أربعة :

أحدها : أن الفسخ إذا وجد قبل الدخول فلا مهر لها عليه سواء كان من الزوج أو المرأة وهذا قول الشافعى لأن الفسخ إن كان منهما فالفرقة من جهتها تسقط مهرها كالأول ففسخه برضاها زوجة له أخرى ؛ وإن كان منه فإنما فسخ لعيب بها دلسته بالاخفاف فصار الفسخ كأنه منها .

ثانيه قيل : فلا جعلتم فسخها لعيب كأنه منه لحصوله بتدليس ؟ قلنا : العوض من الزوج في مقابلة منافعه فإذا اختارت فسخ العقد مع سلامة ما عقدت عليه

رجع العوض إلى العاقد معها وليس من جوهرها عوض في مقابلة منافع الزوج ، وإنما ثبت لها الخيار لأجل ضرر يلحقها لا لتعذر ما استحققت عليه في مقابله عوضاً فافتراقا
 الفصل الثاني : أن الفسخ إذا كان بعد الدخول فلها المهر لأن المهر يجب بالعقد ويستقر بالدخول ولا يسقط بحادث بعده ولذلك لا يسقط بردها ولا يفسخ من جهتها ويجب المهر المسمى ، وذكر القاضي في المجرد فيه روايتين . إحداهما : يجب المسمى . والآخر : مهر المثل بناء على الروايتين في العقد الفاسد ، وقال الشافعي الواجب مهر المثل لأن الفسخ استند إلى العقد فصار كالعقد الفاسد .

ولنا أنها فرقة بعد الدخول في نكاح صحيح فيه مسمى صحيح فوجب المسمى لغير المعيبة وكالمعتقة تحت عبد ، والدليل على أن النكاح صحيح أنه وجد بشروطه وأركانها فكان صحيحاً كما لو لم يفسخه ، ولأنه لو لم يفسخه لكان صحيحاً فكذلك إذا فسخه كنكاح الامة إذا عتقت تحت عبد ، ولأنه تترتب عليه أحكام الصحة من ثبوت الاحصان والإباحة للزوج الأول وسائر أحكام الصحة ، ولأنه لو كان فاسداً لما جاز إبقاؤه وتعين فسخه ، وما ذكروه غير صحيح فإن الفسخ يثبت حكمه في حينه غير سابق عليه ، وما وقع على صفة يستحيل أن يكون واقعاً على غيرها وكذلك لو فسخ البيع بعيب لم يضر العقد فاسداً ولا يكون النكاح لغير المشتري ، ولو كان المبيع أمة فوطئها لم يجب به مهرها فكذلك النكاح .

الفصل الثالث . إذا علم بالعيب وقت العقد أو بعده ثم وجد منه رضى أو دلالة عليه كالدخول بالمرأة أو تمكينها إياه من الوطء لم يثبت له الفسخ لأنه رضى بإسقاط حقه فسقط كما لو علم المشتري بالعيب فرضيه . وإذا اختلفا في العلم فالقول قول من ينكره لأن الأصل عدمه .

الفصل الرابع . أنه يرجع بالمهر على من غره . وقال أبو بكر فيه روايتان . إحداهما : يرجع به ، والآخرى : لا يرجع ، والصحيح أن المذهب رواية واحدة وأنه يرجع به فإن أحمد قال كنت أذهب إلى قول علي فبهتته فلت إلى قول عمر ، إذا تزوجها فرأى جذاماً أو برصاً قالت لها المهر بمسبته إياها ووليها ضامن للأصداق ، وهذا يدل على أنه يرجع إلى هذا القول ، وبه قال الزهري وقتادة ومالك والشافعي في القديم ، وروى عن علي أنه قال لا يرجع وبه قال أبو حنيفة والشافعي

في الجديد لأنه ضمن ما استوفى بدله وهو الوطاء فلا يرجع به على غيره كما لو كان المبيع معيباً فأكله .

ولنا ما روى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال : قال عمر بن الخطاب : أيا رجل تزوج يامراً بها جنون أو جذام أو برص ففسها فلم يصدقها وذلك لزوجها غرم على وليها ، ولأنه غره في الذكاح بما ثبت به الخبر فكان المهر عليه كما لو غره بحرية أمة .

فإذا ثبت هذا : فإن كان الولي علم غرم ، وإن لم يكن علم فالتغريم من المرأة فيرجع عليها بجميع الصداق ، فإن اختلفوا في علم الولي فشهدت بينة عليه بالاقرار بالعلم وإلا فالقول قوله مع يمينه ، قال الزهري وقتادة إن علم الولي غرم وإلا استحلف بالله العظيم إنه ما علم ثم هو على الزوج .

وقال القاضي : إن كان أباً أو جداً أو بمن يجوز له أن يراها فالتغريم من جهة علم أو لم يعلم وإن كان ممن لا يجوز له أن يراها كابن العم والمولى وعلم غرم وإن أنكر ولم تقم بينة باقراره فالقول قوله ويرجع على المرأة بجميع الصداق ، وهذا قول مالك إلا أنه قال : إذا ردت المرأة ما أخذت ترك لها قدر ما تستحل به لثلاث تصير كالموهوبة . وللشافعي قولان كقول مالك والقاضي

ولنا على أن الولي إذا لم يعلم لا يغرم : أن التغريم من غيره فلم يغرم كما لو كان ابن عم ، وعلى أنه يرجع بكل الصداق أنه مغرور منها فرجع بكل الصداق كما لو غره الولي .

وقولهم لا يخفى على من يراها لا يصح فإن عيوب الفرج لا اطلاع له عليها ولا يحل له رؤيتها ، وكذلك العيوب تحت الثياب فصار في هذا كمن لا يراها إلا في الجنون فإنه لا يكاد يخفى على من يراها إلا أن يكون غائباً ، وأما الرجوع بالمهر فإنه لسبب آخر فيكون بمنزلة ما لو وهبته إياه بخلاف الموهوبة .

(فصل) إذا طلقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بها عيب فعليه نصف الصداق ولا يرجع به لأنه رضى بالتزام نصف الصداق فلم يرجع على أحد ، وإن ماتت أو مات قبل العلم بالعيب فلها الصداق كاملاً ولا يرجع على أحد لأن سبب الرجوع الفسخ ولم يوجد وههنا استقر الصداق بالموت فلا يرجع به .

« مسألة ، قال (ولا سكنى لها ولا نفقة لأن السكنى والنفقة إنما تجب للمرأة زوجها له عليها الرجعة) »

إنما كان كذلك لأنها تبين بالفسخ كما تبين بطلاق ثلاث ولا يستحق زوجها عليها رجعة فلم تجب لها سكنى ولا نفقة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس « إنما السكنى والنفقة للمرأة إذا كان زوجها عليها الرجعة ، رواه النسائي وهذا إذا كانت حائلا فإن كانت حاملا فلها النفقة لأنها بائن من نكاح صحيح في حال حملها فكانت لها النفقة كال المطلقة ثلاثا والمختلعة وفي السكنى روايتان ، وقال القاضى : لا نفقة لها إن كانت حاملا في أحد الوجهين لأنها بائن من نكاح فاسد وكذلك قال أصحاب الشافعى في أحد الوجهين ، وفي الآخر لها النفقة لأن النفقة للعمل والحمل لاحق به ، وبنوه على أن الشكاح فاسد ؛ وقد بينا صحته فيما مضى .

فصل

وليس لولى الصغيرة والصغير وسيد الأمة تزويجهم لمن به أحد هذه العيوب لأنه ناظر لهم بما فيه الحفظ ولا يحفظ لهم في هذا العقد ، فإن تزويجهم مع العلم بالعيب لم يصح النكاح لأنه عقد لهم عقداً لا يجوز عقده فلم يصح كما لو باع عقاره لغير غبطة ولا حاجة ، وإن لم يعلم بالعيب صح كما لو اشترى لهم مملوكاً لا يعلم عيبه ويجب عليه الفسخ إذا علم لأن عليه النظر لهم بما فيه الحفظ والحفظ في الفسخ ويحتمل أن لا يصح النكاح لأنه تزويجهم ممن لا يملك تزويجهم أباه فلم يصح كما لو تزويجهم بمن يحرم عليهم .

(فصل) وليس له تزويج كبيرة بمعيب بغير رضاها بغير خلاف فعله لأنها تملك الفسخ إذا علبت به بعد العقد فالامتناع أولى ، وإن أرادت أن تزوج عقيباً فله منعها في أحد الوجهين .

قال أحمد : ما يعجبني أن يزوجه بعضن وإن رخصت الساعة ، تكره إذا دخلت عليه لأن من شأنه النكاح ويعجبني من ذلك ما يعجبنا ، وذلك لأن الضرر في هذا دائم والرضى غير موثوق بدوامه ولا يتمكن من التخلص إذا كانت عاتلة في ابتداء العقد ، وربما أفضى إلى الشقاق والعداوة فيتضرر وليها وأهلها ، فملك الولي

منعها كما لو أرادت نكاح من ليس بكفء ، والثاني : ليس له منعها لأن الحق لها وقال القاضي له منعها من نكاح المجنون وليس له منعها من نكاح المجبوب والعين لأن ضررها عليها خاصة ، وفي الإبرص والمجدوم وجهان . أحدهما : لا يملك منعها لأن الحق لها والضرر عليها فاشبه المجبوب والعين ، والثاني : له منعها لأن عليه ضرراً فإنه يتغير به ويخشى تعديه إلى الولد فاشبه التزويج لمن لا يكاثرها وهذا مذهب الشافعي . والاولى أن له منعها في جميع الصور لأن عليها فيه ضرراً دائماً وعاراً عليها وعلى أهلها فملك منعها منه كالتزويج بغير كفء .

فأما إذا اتفقا على ذلك ورضيا به جاز وصح النكاح لأن الحق لهما ولا يخرج عنهما ، ويكره لهما ذلك لما ذكره الامام أبو عبد الله من أنها وإن رضيت الآن نكره فيها بعد ، ويحتمل أن يملك سائر الأولياء الاعتراض عليهما ومنعهما من هذا التزويج لأن العار يلحق بهن وينالهم الضرر ، فاشبه ما لو زوجها بغير كفء . فأما إن حدث العيب بالزوج ورضيته المرأة لم يملك وليها إجبارها على الفسخ لأن حقه في ابتداء العقد لا في دوامه ، ولهذا لو دعت وإياها إلى تزويجها بعد لم يلزمه إجابتها ولو عتقت تحت عبد لم يملك إجبارها على الفسخ .

« مسألة ، قال (وإذا عتقت الأمة وزوجها عبد فلها الخيار في فسخ النكاح) »

أجمع أهل العلم على هذا ذكره ابن المنذر وابن عبد البر وغيرهما والاصل فيه خبر بريرة قالت عائشة : كاتبت بريرة نفيها رسول الله صلى الله عليه وسلم في زوجها ، وكان عبداً ، فاخترت نفسها . قال عروة : ولو كان حراماً ما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، رواه مالك وأبو داود والنسائي . ولأن عليها ضرراً في كونها حرة تحت العبد فكان لها الخيار كما لو تزوج حرة على أنه حر فإن عبداً فإن اختارت الفسخ فلها فراقه ، وإن رضيت المقام معه لم يكن لها فراقه بعد ذلك لأنها أسقطت حقها ، وهذا مما لا خلاف فيه بحمد الله .

(فصل) وإن عتقت تحت حر فلا خيار لها ، وهذا قول ابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن وعطاء وسليمان بن يسار وأبي قلابة وابن أبي ليلى ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق .

وقال طاوس وابن سيرين ومجاهد والنخعي وحامد بن أبي سليمان والثوري
وأصحاب الرأي : لها الخيار . لما روى الأسود عن عائشة ، أن النبي صلى الله عليه
وسلم خير بريرة وكان زوجها حراً ، رواه النسائي ولأنها كملت بالحرية فكان لها
الخيار كما لو كان زوجها عبداً .

ولنا أنها كافت زوجها في الكمال فلم يثبت لها الخيار ، كما لو أسلت الكتانية
تحت مسلم . فاما خبر الأسود عن عائشة فقد روى عنها القاسم بن محمد وعروة ، أن
زوج بريرة كان عبداً ، وهما أخصر بهما من الأسود لأنها ابن أخيها وابن أختها . وقد
روى الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة ، أن زوج بريرة كان عبداً ،
فتعارضت روايته :

وقال ابن عباس : كان زوج بريرة عبداً أسود لبني المغيرة يقال له مغيث ، رواه
البخاري وغيره ، وقالت صفية بنت أبي عبيد ، كان زوج بريرة عبداً ،
قال أحمد : هذا ابن عباس وعائشة قالا في زوج بريرة إنه عبد ، رواية علماء المدينة
وعلمهم وإذا روى أهل المدينة حديثاً وعملوا به فهو أصح شيء ، وإنما يصح أنه حر عن
الأسود وحده ، وأما غيره فليس بذلك ، قال والعقد صحيح فلا يفسخ بالمختلف فيه
والحر فيه اختلاف ، والعبد لا اختلاف فيه ويخالف الحر العبد لأن العبد ناقص
فإذا كملت تحته تضررت ببقائها عنده بخلاف الحر .

(فصل) وفرقة الخيار فسخ لا ينقص بها عدد الطلاق ، نص عليه أحمد
ولا أعلم فيه خلافاً . قيل لأحمد : لم لا يكون طلاقاً ؟ قال لأن الطلاق ما تكلم به
الرجل ، ولأنها فرقة لا خيار المرأة فكانت فسخاً كالفسخ لعنة وعته .

، مسألة ، قال رحمه الله تعالى (فإن اعتق قبل أن تختار أو وطئها بطل خيارها
علت أن الخيار لها أو لم تعلم)

وجملة ذلك أن خيار المعتقة على التراخي ما لم يوجد أحد هذين الأمرين عتق
زوجها أو وطئها لها ، ولا يمنع الزوج من وطئها .

ومن قال إنه على التراخي مالك والأوزاعي ، وروى ذلك عن عبد الله بن عمر

وأخته حفصة ، وبه قال سليمان بن يسار ونافع والزهرى وقتادة ، وحكاه بعض أهل العلم عن الفقهاء السبعة . وقال أبو حنيفة وسائر العراقيين : لها الخيار في مجلس العلم ، والشافعى ثلاثة أقوال أظهرها كقولنا . والثاني أنه على الفور كخيار الشفعة . والثالث أنه الى ثلاثة أيام :

ولنا ما روى الامام أحمد في المسند بإسناده عن الحسن بن عمرو بن أمية قال سمعت رجلاً يتحدثون عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أنه قال إذا عتقت الامة ففى بالخيار ما لم يظأها ، ان شاءت فارقت وإن وطئها فلا خيار لها ، رواه الاثرم أيضاً ، وروى أبو داود أن بريرة عتقت وهى عند مغيث عبد لان أبى أحمد فغيرها النبي صلى الله عليه وسلم فقال لها : ان قريك فلا خيار لك ، ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا يخالف لهم فى عصرهم .

قال ابن عبد البر لا أعلم لابن عمر وحفصة مخالفاً من الصحابة ، ولان الحاجة داعية الى ذلك ثبت كخيار القصاص أو خيار لدفع ضرر متحقق فأشبه ما قلناه . إذا ثبت هذا ففى عتق قبل أن تختار سقط خيارها لان الخيار لدفع الضرر بالرق وقد زال بعتقه فسقط كالمبيع إذا زال عيه . وهذا أحد قولى الشافعى وان وطئها سطل خيارها علت بالخيار أو لم تعلم . نص عليه أحمد ، وهو قول من سمينا فى صدر المسألة وذكر القاضى وأصحابه : أن لها الخيار وان أصيبت ما لم تعلم فإن أضيأها بعد علتها فلا خيار لها . وهذا قول عطاه والحكم وحامد والثورى والاوزاعى والشافعى واسحاق لانها اذا أمكنت من وطئها قبل علتها فلم يوجد منها ما يدل على الرضا فهو كما لو لم تصب .

ولنا ما تقدم من الحديث . وروى مالك عن ابن شهاب عن عروة ، أن مولاة لبنى عدى يقال لها زبراء أخبرته أنها كانت تحت عبد فعتقت قالت : فأرسلت الى حفصة فدعتنى فقالت ان امرك بيدك ما لم يمكك زوجك فإن مكك فليس لك من الامر شىء . فقلت هو الطلاق ثم الطلاق فقارقت ثلاثاً ، وقال مالك عن نافع عن ابن عمر ، ان لها الخيار ما لم يمسه ، ولانه خيار عيب فيسقط بالتصرف فيه مع الجهالة كخيار الرد بالعيب ولا تفريع على هذا القول .

فأما على القول الآخر فإذا وطئها وادعت الجهالة بالعتق وهى بمن يجوز خفاء

ذلك عليها، مثل أن يعتقها سيدها في بلد آخر، فالقول قولها مع غيرها لأن الأصل عدم ذلك، وإن كاتفا من لا يخفى ذلك عليها لكونها في بلد واحد وقد اشتهر ذلك لم يقبل قولها لأنه خلاف الظاهر، وإن علت العتق وأدعت الجهالة بثبوت الخيار فالقول قولها لأن ذلك لا يعلل إلا خواص الناس، والظاهر صدقها فيه والخاص في قبول قولها في ذلك قولان.

(فصل) فإن أعتق العبد والأمة دفعة واحدة فلا خيار لها والنكاح بحالهما سواء أعتقها رجل واحد أو رجلان نص عليه أحمد وبعثها بالخيار، والاولى الأولى لأن الحرية الطارئة بعد عتقها تمنع الفسخ بالمقارنة أولى حكم الإسلام الزوجين، وعن أحمد إذا عتقا معا انفسخ النكاح، ومعناه والله أعلم أنه إذا وهب العبد سرية وأذن له في التمسك بها ثم أعتقها جميعا صاروا حرين وخرجت عن ملك العبد فلم يكن له أصابتها إلا بنكاح جديد، هكذا روى جماعة من أصحابه فمن وهب العبد سرية أو اشترى له سرية ثم أعتقها لا يقربها إلا بنكاح جديد.

واحتج أحمد على ذلك بما روى نافع عن ابن عمر أن عبدا له كان له سرية فاعتقها، فنهاه أن يقربها إلا بنكاح جديد، ولأنها باعتاقها خرجت عن أن تكون مملوكة فلم يبيع له التمسك بها كالحرة الأصلية. وأما إذا كانت امرأته فتعالم بنفسه فكاحه بذلك، لأنه إذا لم يفسخ باعتاقها وحدها فلا يفسخ باعتاقها معا، أولى، ويحتمل أن أحدا إذا أراد بقوله انفسخ فكاحها أن لها فسخ النكاح، وهذا يخرج على الرواية التي تقول بأن لها الفسخ إذا كان زوجها حرا.

(فصل)

ويستحب لمن له عبد وأمة متزوجان فأراد عتقها البداية بالرجل ثلاثين للنزاة خيار عليه فيفسخ نكاحه، وقد روى أبو داود والترمذي بإسنادهما عن عائشة أنه كان لها غلام وجارية فتزوجا، فقالت النبي صلى الله عليه وسلم: إنني أريد أن أعتقهما، فقال لها فابذني بالرجل قبل المرأة، وعن صفية بنت أبي عبيد أنها فعلت ذلك وقالت للرجل: إنني بدأت بعتقك ثلاثين يكون لك خيار،

(فصل) إذا عتقت المجنونة والصغيرة فلا خيار لهما في الحال لأنه لا عقل لهما ولا قول معتبر ولا يملك وليهما الاختيار عنهما، لأن مفاطرة الشهوة فلا يدخل

تخصيص الامة كالاخصاص ، فاذا بلغت الصغيرة وعقلت المجنونة فلهما الخيار حيثئذ لكونها ضاراً على صفة لكل منهما حكم ؛ وهذا الحكم فيما لو كان زوجها عيباً غيب يوجب الفسخ ، فان كان زوجها قد وطئها فظاهر كلام الخرقى أنه لا خيار لها لأن مدة الخيار انقضت ، وعلى قول القاضى وأصحابه لها الخيار لأنه لا رأى لها فلا يكون تمكينها من الوطء دليلاً على الرضى بخلاف الكبيرة العاقلة ، ولا يمنع زوجها من وطئها .

• مسألة . قال رحمه الله (فان كانت لنفسين فاعتق أحدهما فلا خيار لها إذا كان المعتق مصرأ) .

الاشتراط الإيسار فى المعتق لأن المولى يسرى عتقه الى جميعها فتصير حرة ويثبت لها الخيار والمصر لا يسرى عتقه ، بل يعتق منها ما اعتق وباقيها رقيق فلا تنكح حريتها فلا يثبت لها الخيار حيثئذ ، وهذا قول الشافعى ، وعن أحمد أن لها الخيار ، حكاهما أبو بكر واختارهما لأنها أكل منه فانها ترث وتورث وتحجب بقدر ما فيها من الحرية . ووجه قول الخرقى أنه لا نص فى المعتق بعضها ولا هى فى معنى الحرية الكاملة لأنها كاملة الاحكام ، وأيضاً ما علل به أحمد ، وهو أن العقد صحيح فلا يفسخ بالمختلف فيه وهذه مختلف فيها

(فصل) ولو زوج أمة قيمتها عشرة بصداق عشرين ثم أعتقها فى مرضه بعد الدخول بها ثم مات ولا يملك غيرها وغير مهرها بعد استيفائه عتقت لأنها تخرج من الثلث ولها الخيار ، وإن لم تكن قبضته عتق ثلثها فى الحال ؛ وفى الخيار لها وجهان ، فكلما اقتضى من مهرها شيء عتق منها بقدر ذلك ، فإذا استوفى كله عتقت كلها ولها الخيار حيثئذ عند من لم يثبت لها الخيار قبل ذلك ، فان كان زوجها قد وطئها قبل استيفاء مهرها فقد بطل خيارها عند من جعل لها الخيار حيثئذ لأنها أسقطته بتمكينه من وطئها ، وعلى قول الخرقى لا يبطل لأنها مكنت منه قبل ثبوت الخيار لها ، فأشبه ما لو مكنت منه قبل عتقها ، فأما ان عتقت قبل الدخول بها فلا خيار لها على قول الخرقى لأن فسخها النكاح يسقط به صداقها فيعجز الثلث عن

كال قيمتها فيرق ثلثاها ويسقط خيارها فيفنى اثبات الخيار لها الى اسقاطه فيسقط
وهذا مذهب الشافعي . وعند أبي بكر لها الخيار ، فعلى قول من أوجب لسببها
نصف المهر فاذا استوفى عتق ثلثاها ، وعلى قول من أسقطه يعتق ثلثها

، مسألة ، قال (فان اختارت المقام معه قبل الدخول أو بعده فالمهر للسيد ،
وان اختارت فراقه قبل الدخول فلا مهر لها وان اختارته بعد الدخول فالمهر للسيد)

وجملته أن المعتقة ان اختارت المقام مع الزوج قبل الدخول أو بعده أو اختارت
للفسخ بعد الدخول فالمهر واجب لانه واجب بالعقد ، فاذا اختارت المقام فلم
يرجده مسقط ، وان فسخت بعد الدخول فقد استقر بالدخول فلم يسقط بشيء ،
وهو للسيد في الحالين لانه واجب بالعقد في ملكه والواجب المسمى في الحالين ،
سواء كان الدخول قبل العتق أو بعده . وقال أصحاب الشافعي : ان كان الدخول
قبل العتق أو بعده فالواجب المسمى ، وان كان بعده فالواجب إمهر المثل ، لأن
الفسخ استند الى حالة العتق فصار الوطء في نكاح فاسد

ولنا أنه عقد صحيح فيه مسمى صحيح اتصل به الدخول قبل الفسخ فأوجب
المسمى قالوا لم يفسخ ، ولأنه لو وجب بالوطء بعد الفسخ لكان المهر لها لأننا
حرة حينئذ ، وقولهم ان الوطء في نكاح فاسد ، غير صحيح فانه كان صحيحا ولم
يوجد ما يفسده ويثبت فيه أحكام الوطء في النكاح الصحيح من الإحلال للزوج
الاول والاحسان وكونه حلالا . وأما ان اختارت الفسخ قبل الدخول فلا مهر
لها ، نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى للسيد نصف
المهر لانه وجب للسيد فلا يسقط بفعل غيره .

ولنا أن الفرقة جاءت من قبلها فسقط مهرها ، قالوا أسليت أو ارتدت أو
أرضعت من يفسخ نكاحها رضاعه . وقوله ، وجب للسيد ، قلنا لكن بواسطتها
ولهذا سقط نصفه بفسخها وجميعه باسلامها وردتها .

(فصل) ولو كانت مفوضة قرض لها مهر المثل فهو للسيد أيضا لانه وجب
بالعقد في ملكه لا بالقرض ، وكذلك لو مات أحدهما وجب والموت لا يوجب

فدل على أنه رجب بالعقد، وإن كان الفسخ قبل الدخول والفرض فلا شيء إلا على الرواية الأخرى ينبغي أن تحجب المتعة لأنها تحجب بالفرقة قبل الدخول في موضع لو كان مسمى وجب نصفه .

(فصل) فإن طلقها طلاقاً بائناً ثم اعتقت فلا خيار لها لأن الفسخ إنما يكون في نكاح ولا نكاح ههنا ، وإن كان رجعيًا فلها الخيار في العدة لأن نكاحها باق فيمكن فسخه ، ولها في الفسخ فائدة فإنها لا تأمن رجعه إذا لم يفسخ : فإن قيل فيفسخ حينئذ ؟ قلنا : إذا احتج إلى عدة أخرى وإذا فسخت في عدتها ثبتت على ما مضى من عدتها ولم تحتج إلى عدة أخرى لأنها معتدة من الطلاق ، والفسخ لا ينافيها ولا يقطعها فهو كما لو طلقها طلاقاً آخرى وينبغي على عدة حرة لأنها اعتقت في أثناء العدة وهي رجعية ، فإن اختارت المقام بطل خيارها ، وقال الشافعي : لا يبطل لأنها اختارت المقام مع جريانها إلى يمينونة وذلك ينافي اختيار المقام ولنا أنها حالة يصح فيها اختيار الفسخ فصح اختيار المقام كصلب النكاح ، وإن لم تختتر شيئاً لم يسقط خيارها لأنه على التراخي ولأن سكوتها لا يدل على رضاها لاحتمال أنه كان لجريانها إلى يمينونة اكتفاء منها بذلك ، فإن ارتجعها فلها الفسخ حينئذ فإن فسخت ثم عاد فتزوجها بقيت معه بطلقة واحدة لأن طلاق العبد اثنتان ، وإن تزوجها بعد أن اعتق رجعت معه على طلقتين لأنه صار حراً فلك ثلاث طلاقات كسائر الأحرار :

فصل

فإن طلقها بعد عتقها وقبل اختيارها أو طلق الصغيرة والمجنونة بعد العتق وقع طلاقه وبطل خيارها ، لأنه طلاق من زوج جائز التصرف في نكاح صحيح فنفذ كما لو لم يعتق . وقال القاضي : طلاقه موقوف فإن اختارت الفسخ لم يقع الطلاق لأن طلاقه يتضمن إبطال حقها من الخيار وإن لم تختتر وقع : وللشافعي قولان كهذين الوجهين ، وبنوا عدم الوقوع على أن الفسخ استند إلى حالة العتق فيكون الطلاق واقعاً في نكاح مفسوخ .

ولنا أنه طلاق من زوج مكلف مختار في نكاح صحيح فوقع كما لو طلقها قبل عتقها أو كما لو لم تختتر وقد ذكرنا أن الفسخ يوجب الفرقة حينئذ ولا يجوز تقديم

الفرقة عليه والحكم لا يتقدم سببه ولأن العدة تبدأ من حين الفسخ لا من حين
العتق وما سبقه من الوطء وطء في نكاح صحيح يثبت الإحصان والاحلال للزوج
الأول . ولو كان الفسخ سابقاً عليه لانعكست الحال

وقول القاضي : أنه يبطل حقها من الفسخ غير صحيح ، فإن الطلاق
يحصل به مقصود الفسخ مع زيادة وجوب نصف المهر وتصير العدة عليها فإن
ابتدأها من حين طلاقه لا من حين فسخه ، ثم لو كان مبطلا لحقها لم يقع ، وإن
لم يتحقق الفسخ كما لم يصح تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار سواء فسخ البائع
أو لم يفسخ وهذا فيما إذا كان الطلاق بائناً فإن كان رجعيًا لم يسقط خيارها على
ما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا ، فعلى قولهم إذا طلقها قبل الدخول ثم
اختارت الفسخ سقط مهرها لأنها بائنة بالفسخ . وإن لم يفسخ فلها نصف الصداق
لأنها بائنة بالطلاق .

(فصل) والمعتقة الفسخ من غير حكم حاكم لأنه مجمع عليه غير مجتهد فيه فلم
يفتقر إلى حاكم كالرد بالعيب في المبيع بخلاف الفسخ في النكاح فإنه مجتهد فيه
فافتقر إلى حكم الحاكم كالفسخ للاعسار .

(فصل)

فإن اختارت المعتقة الفراق كان فسخا ليس بطلاق ، وبهذا قال أبو حنيفة
والثوري والحسن بن حي والشافعي : وذهب مالك والأوزاعي والليث إلى أنه
طلاق بائن ، قال مالك إلا أن تطلق نفسها ثلاثا فتطلق ثلاثا واحتج له بقصة زبراء
حين طأقت نفسها ثلاثا فلم يبلغنا أن أحداً من الصحابة أنكر ذلك ، ولأنها تملك
الفراق فملك الطلاق كالرجل .

ولنا قوله (ص) « الطلاق لمن أخذ بالساق » ولأنها فرقة من قبل الزوجين
فكانت فسخاً كما لو اختلف دينهما أو أرضعت من يفسخ نكاحها برضاها ، وفعل
زبراء ليس بحجة ولم يثبت انتشاره في الصحابة ، فعلى هذا لو قالت اخترت نفسي
أو فسخت النكاح انفسخ ولو قالت طلقت نفسي ونوت المفارقة كان كناية عن
الفسخ ، لأنه يؤدي إلى معناه ، فصح كناية عنه كالكناية بالفسخ عن الطلاق .

(فصل) وإن عتق زوج الأمة لم يثبت له خيار لأن عدم الكمال في الزوجين

لا يؤثر في النكاح . وكذلك لا تعتبر الكفاءة الا في الرجل دون المرأة ، ولو تزوج امرأة مطلقاً فبانت أمة لم يثبت له خيار ولو تزوجت المرأة رجلاً مطلقاً فبان عبداً كان لها الخيار ، وكذلك في الاستدانة لكن ان اعتق ووجد الطول لحررة فهل يبطل نكاحه ؟ على وجهين تقدم ذكرهما :

(فصل واذا عتقت الأمة فقالت لزوجها زدي في مهرى ففعل فالزيادة لها دون سيدها سواء كان زوجها حراً أو عبداً وسواء عتق معها أو لم يعتق نص عليه أحد فيما اذا زوج عبده من أمة ثم اعتقا جميعاً فقالت الأمة زدي في مهرى فالزيادة للأمة لا للسيد ، فقيل أرأيت ان كان الزوج لغير السيد لمن تكون الزيادة قال للأمة ، وعلى قياس هذا لو زوجها سيدها ثم باعها فزادها زوجها في مهرها فالزيادة للثاني ، وقال القاضى الزيادة للسيد المعتق في الموضعين على قياس المذهب لان من أصلنا ان الزيادة في الصداق تلحق بالعقد الاول فتكون كالمذكورة فيه والذي قلناه أصح لأن الملك في الزيادة انما ثبت حال وجودها بعد زوال ملك سيدها عنها فيكون لها ككسبها والموهوب لها .

وقولنا ان الزيادة تلحق بالعقد معناه أنها تلزم ويثبت الملك فيها وبصير الجميع صداقاً ، وليس معناه أنا تبينا أن الملك كان ثابتاً فيها وكان لسيدها ، فان هذا محال . ولأن سبب ملك هذه الزيادة وجد بعد العتق فلا يجوز أن يتقدم الملك عليه لأنه يؤدي الى تقدم الحكم قبل سببه ولو كان الملك ثابتاً للعتق فيه حين التزويج للزمت زكاته وكان له ثماؤه ، وهذا أظهر من أن نطيل فيه .

باب أجل العنين والخصى غير المحبوب

العين هو العاجز عن الإيلاج وهو مأخوذ من عن أي اعترض لأن ذكره يعنى اذا أراد إيلاجه أي يعترض ، والعين الاعتراض ، وقيل لأنه يعنى لقبل المرأة عن يمنه وشماله ولا يقصده ، فإذا كان الرجل كذلك فهو عيب به ويستحق به فسخ النكاح بعد أن تضرب له مدة يختبر فيها ويعلم حاله بها ، وهذا قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء ويحيى بن دينار والنخعي وقتادة وحامد بن أبي سليمان وعليه فتوى فقهاء الامصار

منهم مالك وأبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو عبيد
 وشذ الحكم بن عيينة وداود فقالوا لا يؤجل وهي إمرأته ، وروى ذلك عن علي
 رضي الله عنه لأن إمرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ، يا رسول الله إن
 رفاعة طلقني فبت طلاقاً ، فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير ، وإنما له مثل هدية
 الثوب فقال ، تريد أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا حتى تذوق عسيلته ويذوق
 عسيلتك ، ولم يضرب له مدة :

ولنا ما روى أن عمر رضي الله عنه أجل العنين سنة ، وروى ذلك الدارقطني
 بإسناده عن عمر وابن مسعود والمغيرة بن شعبة ولا يخالف لهم ، ورواه أبو حفص
 عن علي ، ولأنه عيب يمنع الوطء فأنبت الخيار كالجلب في الرجل والرتق في المرأة
 فأما الخبر فلا حجة لهم فيه ، فإن المدة إنما تضرب له مع اعترافه وطلب المرأة
 ذلك ولم يوجد واحد منهما .

وقد روى أن الرجل أنكر ذلك وقال ، إني لأعركها عرك الأديم ، وقال
 ابن عبد البر : وقد صح أن ذلك كان بعد طلاقه ، فلا معنى لضرب المدة ، وصح
 ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم ، تريد أن ترجعي إلى رفاعة ، ولو كان قبل
 طلاقه لما كان ذلك اليها ، وقيل : إنها ذكرت ضعفه وشبهته بهدية الثوب مبالغة
 ولذلك قال النبي (ص) ، حتى تذوق عسيلته ، والعاجز عن الوطء لا يحصل منه ذلك
 ، مسألة ، قال () وإذا ادعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل إليها أجل سنة
 منذ ترافعه فإن لم يصحبها فيها خیرت في المقام معه أو فراقه فإن اختارت فراقه كان
 ذلك فسخاً بلا طلاق ()

وجملة ذلك : أن المرأة إذا ادعت عجز زوجها عن وطئها لعنة سئل عن ذلك
 فإن أنكرت والمرأة عذراء فالقول قولها ، وإن كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه
 في ظاهر المذهب ، لأن هذا أمر لا يعلم إلا من جهته والأصل السلامة . وقال القاضي
 هل يستحلف أو لا ؟ على وجهين بناء على دعوى الطلاق ، فإن أقر بالعجز أو ثبت
 يمينه على إقراره به أو أنكر وطلبت يمينه فنكل ثبت عجزه ويؤجل سنة في قول عامة
 أهل العلم . وعن الحارث بن ربيعة أنه أجل رجلاً عشرة أشهر .

ولنا قول من سمي من الصحابة . ولأن هذا العجز قد يكون لعنة وقد يكون

لمرض ، فضربت له سنة ثمر به الفصول الأربعة ، فان كان من ييس زال في فصل الرطوبة ، وان كان من رطوبة زال في فصل الحرارة ، وان كان من انحراف مزاج زال في فصل الاعتدال ، فاذا مضت الفصول الأربعة واختلفت عليه الأهوية فلم تزل علم أنه خلقة ، وحكى عن أبي عبيد أنه قال : أهل الطب يقولون الداء لا يستمر في البدن أكثر من سنة ثم يظهر ، وابتداء السنة منذ توافعه ، قال ابن عبد البر : على هذا جماعة القائلين بتأجيله .

قال معمر في حديث عمر : يؤجل سنة من يوم مرافعته ، فاذا انقضت المدة فلم يظأ فلما الخيار ، فان اختارت الفسخ لم يحز الا بحكم الحاكم ، لأنه يختلف فيه فاما أن يفسخ واما أن يردده اليها فتفسخ هي في قول عامة القائلين به ، ولا يفسخ حتى يختار الفسخ وتطلبه لأنه لحقها فلا تجبر على استيفائه كالفسخ بالإعسار ، فاذا فسخ فهو فسخ وليس بطلاق ، وهذا قول الشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك والثوري يفرق الحاكم بينهما وتكون تطليقة لأنه فرقة لعدم الوطء فكانت طلاقا كفرقة المولى . ولنا أن هذا خيار ثبت لأجل العيب ، فكان فسحا كفسخ المشتري لأجل العيب .

(فصل) فان اتفقا بعد الفرقة على الرجعة لم يحز الا بنكاح جديد ، لأنها قد بادت عنه وانفسخ النكاح ، فاذا تزوجها كانت عنده على طلاق ثلاث نص عليه أحمد ، وذكر أبو بكر فيها قولاً ثانياً : أنهما لا يجتمعان أبداً لأنها فرقة تتعلق بحكم الحاكم فحرمت النكاح كفرقة اللعان ، والمذهب أنها تحمل له لأنها فرقة لأجل العيب فلم تنع النكاح كفرقة المعتقة والفرقة من سائر العيوب ، وأما فرقة اللعان فإنها حصلت بلعانها قبل تفريق الحاكم وهما بخلافه ، ولأن اللعان يحرم المقام على النكاح فمنع ابتداءه ويوجب الفرقة فمنع الاجتماع وهما بخلافه ولو رضيت المرأة بالمقام أو لم تطلب الفسخ لم يحز الفسخ فكيف يصح القياس مع هذه الفروق . (فصل) ومن علم أن عجزه عن الوطء لعارض من صفر أو مرض مرجو الزوال لم تضرب له المدة لأن ذلك عارض يزول والعنة خلقة وجبة لا تزول ، وان كان لكبر أو مرض لا يرجى زواله ضربت له المدة لأنه في معنى من خلق كذلك ، وإن كان لجب أو شلل ثبت الخيار في الحال ، لأن الوطء ميؤوس منه

ولا معنى لانتظاره ، وإن كان قد بقي من الذكر ما يمكن الوطء به فالأولى بضرب المدة له لأنه في معنى العنين خلقة ، وإن اختلف في القدر الباقي هل يمكن الوطء بمثله أو لا ؟ رجع إلى أهل الخبرة في معرفة ذلك .

(فصل) فأما الخصي فإن الحرق ذكره في ترجمة الباب ولم يفرد به حكم فظاهر كلامه أنه الحق بغيره في أنه متى لم يصل إليها أجل ، وإن وصل إليها فلا خيار لها لأن الوطء يمكن والاستمتاع حاصل بوطئه وقد قيل إن وطء أكثر من وطء غيره لأنه لا ينزل فيقدر بالإنزال ، وقد ذكرنا اختلاف أصحابنا في ذلك فيما مضى ، ولا فرق بين من قطعت خصيتاه والموجور وهو الذي رخصت خصيتاه والمسلول الذي سلت خصيتاه فإن الحكم في الجميع واحد فإنه لا ينزل ولا يولد له .

مسألة ، قال (وإن قال : قد علمت أني عنين قبل أن أنكحها ، فإن أقرت أو ثبت بينة فلا يؤجل وهي امراته)

وجه ذلك أن المرأة إذا علمت عنة الرجل وقت العقد مثل أن يعلمها بنت أو تضرب له المدة وهي امراته فينفسخ النكاح ثم يتزوجها ونحو ذلك لم تضرب له المدة وهي امراته في قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والثوري وابن القاسم وأصحاب الرأي وهو قول الشافعي القديم ، وقال في الجديد يؤجل لأنه قد يكون عنيها في نكاح دون نكاح .

ولنا أنها رضيت بالعيب ودخلت في العقد عالة به فلم يثبت لها خيار كما لو علمت مجبوراً ، ولأنها لو رضيت به بعد العقد أو بعد المدة لم يكن لها فسخ فكذلك إذا رضيت به في العقد كسائر العيوب ، ولو أنها رضيت بالمقام معه ثم طلقها ثم ارتفعها لم يثبت لها المطالبة ، كذا ههنا ، وقولهم : إنها تكون في نكاح دون نكاح احتمال بعيد فإن العنة جلة وخلقة لا تتغير ظاهراً ولذلك ثبت لها الفسخ بعد المدة فإن ادعى عليها العلم بعنته فأنكرته فالقول قولها مع يمينها لأن الأصل عدم العلم ، وإن أقرت أو ثبتت بينة ثبت نكاحها وبطل خيارها .

مسألة ، قال (وإن علمت أنه عنين بعد الدخول فسكت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك ويؤجل سنة من يوم توافه)

لا نعلم في هذا اختلافاً وذلك لأن سكوتها بعد العقد ليس بدليل على الرضى
لأنه زمن لا تملك فيه الفسخ ولا الامتناع من استمتاعه فلم يكن سكوتها مسقطاً
لحقها كسكوتها بعد ضرب المدة وقبل انقضائها ، ولو سكنت بعد المدة لم يبطل
خيارها أيضاً ، لأن الخيار لا يثبت إلا بعد رفعه إلى الحاكم وثبوت مجزه فلا يضر
السكوت قبله .

« مسألة ، قال (وإن قالت في وقت من الاوقات قد رضيت به عني لم يكن
لها المطالبة بعد)

وجملة الامر أنها متى رضيت به عني بطل خيارها سواء قالت عقيب العقد
أو بعد ضرب المدة أو بعد انقضائها ، ولا نعلم في بطلان خيارها بقولها ذلك
بعد انقضاء المدة خلافاً . إقاماً قبلها فإن الشافعي قال في الجديد لا يبطل خيارها ،
لأن حقها في الفسخ إنما يثبت بعد انقضاء المدة فلم يصح إسقاطه قبلها كالشفيع
يسقط حقه قبل البيع .

ولنا أنها رضيت بالعيب بعد العقد فسقط خيارها كسائر العيوب وكما بعد
انقضاء المدة ، وما ذكرناه غير صحيح فإن العنة التي هي سبب الفسخ موجودة
وإنما المدة ليعلم وجودها ويتحقق عليها فهي كالبينة في سائر العيوب^(١) ويفارق
الشفعة فإن سببها البيع ولم يوجد بعد ، فإن قيل : فلو رضيت المرأة بالإعسار
ثم اختارت الفسخ ملكته ، ولو آلت منها فرضيت بالمقام معه ثم طالبت بإدائه
كان لها ذلك ؟ قلنا : الفرق بينهما أن النفقة يتجدد وجوبها كل يوم فإذا رضيت
بإسقاط ما يجب لها في المستقبل لم يسقط لأنها أسقطته قبل وجوبه فأشبه إسقاط
الشفعة قبل البيع بخلاف العيب ، ولأن الإعسار يعقبه اليسار فترضى بالمقام وجاء
ذلك ، وكذلك المولى يجوز أن يكفر عن يمينه ويطلق فإذا لم يوجد ذلك ثبت لها
الخيار ، فأما العنين إذا رضيته فقد رضيت بالعجز من طريق الخلقة وهو معنى
لا يزول في العادة فافترقا .

مسألة ، قال (وإن اعترفت أنه قد وصل إليها مرة بطل أن يكون عينا)

أكثر أهل العلم على هذا يقولون متى وطئ امرأة مرة ثم ادعت عجزه لم نسمع دعواها ولم تضرب له مدة . منهم عطاء وطاوس والحسن ويحيى الأنصاري والزهرى وعمرو بن دينار وقتادة وابن هاشم ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي ؛ وقال أبو ثور : إن عجز عن وطئها أجل لها لأنه عجز عن وطئها فثبت حقها كما لو جب بعد الوطء .

ولنا أنه قد تحققت قدرته على الوطء في هذا النكاح وزوال عنته ؛ فلم تضرب له مدة كما لو لم يعجز ، ولأن حقوق الزوجية من استقرار المهر والعدة تثبت بوطء واحد وقد وجد ، وأما الجب فإنه يتحقق به العجز فافترقا .

(فصل) والوطء الذي يخرج به عن العنة هو تغييب الحشفة في الفرج لأن الأحكام المتعلقة بالوطء تتعلق بتغييب الحشفة فكان وطأ صحيحا فإن كان الذكر مقطوع الحشفة ففيه وجهان .

أحدهما : لا يخرج عن العنة إلا بتغييب جميع الباقي لأنه لا حد منها يمكن اعتباره فاعتبر تغييب جميعه ، ولأنه المعنى الذي يتحقق به حصول حكم الوطء .
والثاني : يعتبر تغييب قدر الحشفة ليسكون ما يجزىء من المقطوع مثل ما يجزىء من الصحيح والشافعي قولان كهذين .

(فصل) ولا يخرج عن العنة بالوطء في الدبر ، لأنه ليس بمحل للوطء فأشبه الوطء فيما دون الفرج ولذلك لا يتعلق به الإحلال للزوج الأول ولا الإحصان ، وإن وطئها في القبل حائضا أو نفساء أو محرمة أو صائمة خرج عن العنة ، وذكر القاضى أن قياس المذهب أن لا يخرج من العنة لنص أحمد على أنه لا يحصل به الإحصان والإباحة للزوج الأول ؛ ولأنه وطء محرم أشبه الوطء في الدبر .

ولنا أنه وطء في محل الوطء . يخرج به عن العنة كما لو وطئها وهي مريضة يضرها الوطء ، ولأن العنة العجز عن الوطء ولا يبقى مع وجود الوطء فإن العجز ضد القدرة فلا يبقى مع وجود ضده ، وما ذكرناه غير صحيح لأن تلك أحكام

يجوز أن تبقى مع وجود سببها لمانع أو لفوات شرط والعنة في نفسها أمر حقيقي لا يتصور بقاءه مع انتفائه ، فأما الوطء في الدبر فليس بوطء في عمله بخلاف مسألتنا ، وقد اختار ابن عقيل أنه تنقني به العنة لأنه أصعب فمن قدر عليه فهو حل غيره أقدر .

(فصل) وإن وطئ امرأة لم يخرج به عن العنة في حق غيرها ، واختار ابن عقيل أنه يخرج عن العنة في حق جميع النساء ولا تسمع دعواها عليه منها ولا من غيرها ، وهذا مقتضى قول أبي بكر وقول كل من قال . إنه يختبر بتزويج امرأة أخرى ويحكى ذلك عن سمرة وعن عمر بن عبد العزيز ، وذلك لأن العنة خلقة وجبة لا تتغير بتغير النساء ، فإذا انتفت في حق امرأة لم تبقى في حق غيرها .

ولنا أن حكم كل امرأة معتبر بنفسها ، ولذلك لو ثبتت عنته في حقهن فرضى بعضهن سقط حقها وحدها دون الباقيات ، ولأن الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالعجز عن وطئها وهو ثابت في حقها لا يزول بوطء غيرها ، وقوله : كيف يصح عجزه عن واحدة دون أخرى ؟ قلنا : قد تنهض شهوته في حق إحداها لفرط حبه إياها وميله إليها واختصاصها بجمال وجهها دون الأخرى ، فعلى هذا لو تزوج امرأة فأصابها ثم أبانها ثم تزوجها فعن عنها فلها المطالبة لأنه إذا جاز أن يعن عن امرأة دون أخرى ففي نكاح دون نكاح أولى ، وعلى قول أبي بكر ومن وافقه لا يصح هذا بل متى وطئ مرة لم تثبت عنته أبداً .

مسألة ، قال (وإن جب قبل الحول فلها الخيار في وقتها)

كان المحرق أراد إذا ضربت له المدة فلم يصبرها حتى جب ثبت لها الخيار في الحال لأننا ننتظر الحول لنعلم عجزه ، وقد علمناه هنا يقينا فلا حاجة إلى الانتظار ، قال القاضي : ويلزم على هذا أن سائر العيوب الحادثة بعد العقد يثبت بها الخيار فإن الخيار هنا إنما يثبت بالجلب الحادث ولولاه لم يثبت الفسخ لأننا لم نتيقن عنته والجلب حادث فلما ثبت الفسخ به علم أنه إنما استحق بالعيب الحادث ، وفي بعض الفسخ قبل الدخول ، ومعناها واحد ويحتمل أنه إنما استحق الفسخ هنا بالجلب

الحادث لانه متضمن مقصود العنة في العجز عن الوطء، ومحقق للبعث الذي ادعته المرأة بخلاف غيره من العيوب والله أعلم .

مسألة : قال (وإن زعم أنه قد وصل إليها وادعت أنها عذراء أريت النساء الثقات ، فإن شهدن بما قالت أجل سنة)

وجملته أن المرأة إذا ادعت عنة زوجها فزعم أنه وطئها وقالت أنها عذراء أريت النساء فإن شهدن بعذرتها فالقول قولها ويوجب ، وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وإنما كان كذلك لان الوطء يزيل عذرتها فوجودها يدل على عدم الوطء ، فإن ادعى أن عذرتها عادت بعد الوطء فالقول قولها لان هذا بعيد جداً ، وإن كان متصوراً ، وهل تستحلف المرأة ؟ يحتمل وجهين أحدهما : تستحلف لإزالة هذا الاحتمال كما يستحلف نائر من قلنا القول قوله ، والآخر : لا تستحلف لان ما يبعد جداً لا الثقات إليه لاحتمال كذب البيعة العادلة وكذب المقر في إقراره ، وهل يقبل قول امرأة واحدة ؟ على روايتين ، وهذا الذي ذكره الخرقى فيما إذا اختلفا في ابتداء الامر قبل ضرب الاجل ، فإن اختلفا في ذلك بعد ضرب المدة وشهد النساء بعذرتها لم تنقطع المدة ، وإن كان بعد انقضاء المدة لحكمه كحكم من اعترف أنه لم يطأها ، وفي كل موضع شهد النساء بزوال عذرتها فالقول قوله فيسقط حكم قولها لانه تبين كذبها ، وإن ادعت أن عذرتها زالت بسبب آخر فالقول قوله لان الاصل عدم الاسباب .

مسألة : قال (وإن كانت ثيباً وادعى أنه يصل إليها أخلى معها في بيت وقيل له أخرج ماءك على شيء فإن ادعت أنه ليس بمنى جعل على النار فإن ذاب فهو منى وبطل قولها ، وقد روى عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى أن القول قوله مع يمينه)

اختلفت الرواية عن أبي عبد الله رحمه الله في هذه المسألة فحكى الخرقى فيها روايتين ، إحداهما : أنه يخلى معها ويقال أخرج ماءك على شيء فإن أخرجته فالقول قوله لان العنين يضعف عن الانزال فإذا أنزل تبين صدقه فنحكم به ، وهذا

مذهب عطاء ، فإن ادعت أنه ليس بمنى جعل على النار فإن ذاب فهو منى لأنه
شبيه بياض البيض وذاك إذا وضع على النار تجمع ويسى وهذا يذوب فيتميز
بذلك أحدهما من الآخر فيختبر به ، وعلى هذا متى عجز عن اخراج مائه فالقول
قول المرأة لأن الظاهر معها .

والرواية الثانية : القول قول الرجل مع يمينه . وبهذا قال الثوري والشافعي
واسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر لأن هذا ما يتعذر إقامة البينة عليه وجنبته
أقوى فإن دعواه سلامة العقد وسلامة نفسه من العيوب والأصل السلامة فكان
القول قوله كالمسكر في سائر الدعاوى وعليه اليمين على صحة ما قال . وهذا قول من
سميتا ههنا لأن قوله محتمل للكذب فتقويتا قوله بيمينه كما في سائر الدعاوى التي
يستحلف فيها فإن نكل قضى عليه بتكوله ، وبذلك على وجوب اليمين عليه قول
النبي صلى الله عليه وسلم : ولكن اليمين على المدعى عليه .

قال القاضي : ويخرج أن لا يستحلف بناء على إنكاره دعوى الطلاق فإن
فيها روايتين كذا ههنا : والصحيح ما قال الحرقى لدلالة الخبر والمعنى عليه ، وروى
عن أحمد رواية ثالثة : أن القول قول المرأة مع يمينها حكاهما القاضي في المجرد لأن
الأصل عدم الإصابة فكان القول قولها لأن قولها موافق للأصل واليقين معها ،
وفي كل موضع حكمنا بوطئه بطل حكم عنته فإن كان في ابتداء الأمر لم تضرب له
مدة وإن كان بعد ضرب المدة انقطعت وإن كان بعد انقضائها لم يثبت لها خيار ،
وكل موضع حكمنا بعدم الوطء منه ثبت حكم عنته كما لو أقر بها .

واختار أبو بكر أنه يزوج امرأة لها حظ من المال وتعطى صداقها من بيت
المال ويخلى معها ونسأل عنه ويؤخذ بما تقول فإن أخبرت أنه يطا كذبت الأولى
والثانية بالخيار بين الإقامة والفسخ وصداقها من بيت المال وإن كذبت ففرق
بينه وبينها وصداق الثانية من ماله ههنا لما روى أن امرأة جاءت إلى سمرة
فحككت إليه أنه لا يصل إليها زوجها فكتب إلى معاوية فكتب إليه : أن زوجته
بامرأة ذات جمال يذكر عنها الصلاح وسق إليها المهر من بيت المال عنه ، فإن
أصابها فقد كذبت ، وإن لم يصبر فقد صدقت ففعل ذلك سمرة فجاءت المرأة فقالت
ليس عنده شيء ففرق بينهما .

وقال الأوزاعي : يشهد امرأتان ويترك بينهما ثوب ويجمع امرأته فإذا قام عنها نظرتا إلى فرجها فإن كان فيه رطوبة الماء فقد صدق وإلا فلا . وحكى عن مالك مثل ذلك ، إلا أنه اكتفى بواحدة ، والصحيح أن القول قوله ، كما لو ادعى الوطء في الإيلاء ولما قدمنا ، واعتبار خروج الماء ضعيف لأنه قد يبطأ ولا ينزل وقد ينزل من غير وطء ، فإن ضعف الذكر لا يمنع سلامة الظهر وتزول الماء ، وقد يعجز السليم القادر عن الوطء في بعض الأحوال ، وليس كل من عجز عن الوطء في حال من الأحوال أو وقت من الاوقات يكون عنتا ، ولذلك جعلنا مدته سنة ، وتزوجه بامرأة ثانية لا يصح لذلك أيضا ، ولأنه قد يعجز عن امرأة دون أخرى ، ولأن نكاح الثانية إن كان مؤقتا أو غير لازم فهو نكاح باطل والوطء فيه حرام ، وإن كان صحيحا لازما ففيه إضرار بالثانية ولا ينبغي أن يقبل قولها لأنها تريد بذلك تخلص نفسها فهي متهمة فيه وليست بأحق أن يقبل قولها من الأولى ، ولأن الرجل لو أقر بالعجز عن الوطء في يوم أو شهر لم تثبت عنته بذلك ، وأكثر ما في الذي ذكروه أن ثبت عجزه عن الوطء في اليوم الذي اختبروه فيه ، فإذا لم تثبت عنته بإقراره بعجزه فلأن لا تثبت بدعوى غيره ذلك عليه أولى

مسألة . قال (وإذا قال الخنثى المشكل أنا رجل لم يمنع من نكاح النساء ولم يكن له أن ينكح بغير ذلك بعد ، وكذلك لو سبق فقال أنا امرأة لم ينكح [الرجلا])

والخنثى هو الذي في قبله فرجان : ذكر رجل وفرج امرأة ، لا يخلو من أن يكون ذكرا أو أنثى . قال الله تعالى (وأنه خلق الزوجين الذكر والانثى) وقال تعالى (وبث منها رجالا كثيرا ونساء) فليس ثم خاق ثالث ، ولا يخلو الخنثى من أن يكون مشكلا أو غير مشكل ، فإن لم يكن مشكلا بأن تظهر فيه علامات الرجال فهو رجل له أحكام الرجال ، أو تظهر فيه علامات النساء ، فهو امرأة له أحكامهن ، وإن كان مشكلا فلم تظهر فيه علامات الرجال ولا النساء ، فاختلف أصحابنا في نكاحه ، فذكر الحرقى أنه يرجع إلى قوله ، فإن ذكر أنه رجل وأنه يميل طبعه إلى نكاح النساء فله نكاحهن ، وإن ذكر أنه امرأة يميل طبعه إلى الرجال زوج رجلا ، لأنه معني لا يتوصل إليه إلا من جهته وليس فيه إيجاب حق على

غيره ، فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة في حیضها وعدتها ، وقد يعرف نفسه بميل طبعه إلى أحد الصنفين وشهوته له : فان الله تعالى أجرى العادة في الحيوانات بميل الذكر إلى الأنثى وميلها إليه وهذا الميل أمر في النفس والشهوة لا يطلع عليه غيره وقد تعدت علينا معرفة علامات الظاهرة ، فرجع فيه إلى الأمور الباطنة فيما يختص هو بحكمه .

وأما الميراث والدية فان أقر على نفسه بما يقلل ميراثه أو ديته قبل منه : وان ادعى ما يزيد ذلك لم يقبل لانه منهم فيه فلا يقبل قوله على غيره ، وما كان من عباداته وسنته وغير ذلك فينبغي ان يقبل قوله فيه لانه حكم بينه وبين الله تعالى . قال القاضي : ويقبل قوله في الامامة وولاية النكاح وما لا يثبت حقا على غيره ، وإذا زوج امرأة أو رجلا ثم عاد فقال خلاف قوله الاول لم يقبل في التزويج بغير الجنس الذي زوجه أولا لانه مكذب لنفسه ومدع ما يوجب الجمع بين تزويج الرجال والنساء ، لكن إن تزوج امرأة ثم قال أنا امرأة انفسخ نكاحه لإقراره بطلانه ولا يقبل قوله في سقوط المهر عنه ، وان تزوج رجلا وقال أنا رجل لم يقبل قوله في فسخ نكاحه لان الحق عليه ، وهذا قول الشافعي .

وقال أبو بكر : لا يجوز أن يتزوج حتى يبين أمره ، وذكره نصا عن أحمد في رواية الميموني ، وهذا الذي ذكره أبو اسحاق مذهبا للشافعي ، وذلك لانه لم يتحقق وجود ما يبيع له النكاح فلم يبيع له ، كما لو اشترت عليه أخته بنسوة : وكما لو لم يقل أني رجل ولا امرأة ، ولان قوله لا يرجع إليه في شيء من أحكامه من الميراث والدية وغيرهما في نكاحه ، ولانه لا يعرف نفسه كما لا يعرفه غيره : ولانه قد اشتبه المباح بالمحظور في حقه لحرم كما ذكرناه

مسألة ، قال (واذا أصاب الرجل أو أصيبت المرأة بعد الحرية والبلوغ بنكاح صحيح وليس واحد منهما بزاتل العقل رجما اذا زنيا ، والمسلم والكافر الحرة فيها وصفت سواء)

ذكر الحرق رحمه الله في هذا الباب شرائط الاحسان ، ونحن توخره إلى الحدود فانه أنص به ، والله أعلم

كتاب الصداق

الأصل في مشروعيتها الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقوله تعالى
(وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين) وقال تعالى
(وآتوا النساء صدقاتهن نحلة)

قال أبو عبيد : يعنى عن طيب نفس بالفريضة التى فرض الله تعالى : وقيل :
النحلة الهبة . والصداق فى معناها . لأن كل واحد من الزوجين يستمتع بصاحبه ،
وجعل الصداق للمرأة . فكأنه عطية بغير عوض ، وقيل : نحلة من الله تعالى
للنساء ، وقال تعالى (فآتوهن أجورهن فريضة)

وأما السنة فروى أنس ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى على
عبد الرحمن بن عوف ، ردع زعفران . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : تمهيم ؟
فقال : يا رسول الله تزوجت امرأة ، فقال : ما أصدقها ؟ قال : : وزن نواة من
ذهب . فقال : بارك الله لك ، أولم ولو بشاة . وعنه ، أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم أعتق صفيه ، وجعل عتقها صداقها ، متفق عليهما ، وأجمع المسلمون
على مشروعية الصداق فى النكاح .

(فصل) وللصداق تسعة أسماء : الصداق ، والصدقة ، والمهر ، والنحلة ،
والفريضة ، والأجر والعلائق والعقر ، والحباء . روى عن النبي صلى الله عليه
وسلم أنه قال : أدوا العلائق ، قيل : يا رسول الله ، وما العلائق ؟ قال : ما يتراضى به
الأهلون ، وقال عمر ، لها عقر نساها ، وقال مهمل .

انكحها فقدما الأراقم فى جنب ، وكان الحباء من آدم
لو بأبائين جاء يخطبها خضب ماء وجهه خاطب بدم
يقال : أصدقت المرأة ومهرتها . ولا يقال أمهرتها .

(فصل) ويستحب أن لا يمرى النكاح عن تسمية الصداق ، لأن النبي صلى
الله عليه وسلم كان يزوج بناته وغيرهن ويتزوج ، فلم يكن يخلى ذلك من صداق ،
وقال للذى زوجها الموهوبة ، هل من شئ تصدقها ؟ قالتس ولم يجد ، قال :

النفس ولو خائفاً من حديد، فلم يجد شيئاً، فزوجه إياها بما معه من القرآن، ولأنه أقطع النزاع والخلاف فيه وليس ذكره شرطاً، بدليل قوله تعالى (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تقرضوهن فريضة) وروى : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج رجلاً امرأة ولم يسم لها مهراً .

مسألة ، قال (وإذا كانت المرأة بالغة رشيدة أو صغيرة عقد عليها أبوها فأي صداق اتفقوا عليه فهو جائز ، إذا كان شيئاً له نصف يحصل)

في هذه المسألة ثلاثة فصول :

أحدهما أن الصداق غير مقدر لا أقله ولا أكثره ، بل كل ما كان مالا جاز أن يكون صداقاً ، وبهذا قال الحسن وعطاء وعمر بن دينار وابن أبي ليلى والثوري والأوزاعي والليث والشافعي وإسحاق وأبو ثور وداود ، وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين . وقال : لو أصدقها سوطاً لحلت ،

وعن سعيد بن جبيرة والنخعي وابن شبرمة ومالك وأبي حنيفة : هو مقدار الأقل ثم اختلفوا فقال مالك وأبو حنيفة : أقله ما يقطع به السارق ، وقال ابن شبرمة : خمسة دراهم ، وعن النخعي : أربعون درهماً ، وعنه عشرون وعنه رطل من الذهب وعن سعيد بن جبيرة خمسون درهماً ، واحتج أبو حنيفة بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا مهر أقل من عشرة دراهم ، ولأنه يستباح به عضو ، فكان مقدراً كالذي يقطع به السارق

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم للذي زوجه : هل عندك من شيء تصدقها ؟ قال لا أجد ، قال : النفس ولو خائفاً من حديد ، متفق عليه ، وعن عامر ابن ربيعة : أن امرأة من بني فزارة تزوجت علي بنعلين ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضيت من نفسك ومالك بنعلين ؟ قالت : نعم ، فأجازها ، أخرجه أبو داود والترمذي ، وقال : حديث حسن صحيح : وعن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لو أن رجلاً أعطى امرأة صداقاً لم يده طعاماً كانت له حلالاً ، رواه الإمام أحمد في المسند ، وفي لفظ عن جابر : قال : كنا نتكح على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على القبضة من الطعام ، رواه الأثرم ، ولأن

قوله عز وجل (وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم) يدخل فيه القليل والكثير ، ولأنه يدل منفعتها لجواز ما تراضيا عليه من المال ، كالعشرة وكالأجرة ؛ وحديثهم غير صحيح ، رواه مبصرة بن عبيد وهو ضعيف عن الحجاج ابن أرطاة وهو مدلس ؛ ورواه عن جابر ؛ وقد روينا عنه خلافا ، أو نَحْنُله على مهر امرأة بعينها أو على الاستحياب ، وقياسهم لا يصح ، فإن النكاح استباحة الانتفاع بالجملة ، والقطع إتلاف عضو دون استباحته ، وهو عقوبة واحد وهذا عرض ، فقياسه على الأعراض أولى

وأما أكثر الصداق فلا توقيت فيه بإجماع أهل العلم ، قاله ابن عبد البر ، وقد قال الله عز وجل (وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئا) وروى أبو حفص بإسناده ، أن عمر أصدق أم كلثوم ابنة علي أربعين ألفاً وعن عمر رضي الله عنه أنه قال ، خرجت وأنا أريد أن أنهي عن كثرة الصداق فذكرت هذه الآية (وآتيتم إحداهن قنطاراً) وقال أبو صالح : القنطار مائة رطل ، وقال أبو سعيد الخدري . ملء مسك ثور ذهباً ، وعن مجاهد سبعون ألف مثقال

(فصل) ويستحب أن لا يغلي الصداق : لما روى عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ، أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة ، رواه أبو حفص بإسناده ، وعن أبي المجاهد قال ، قال عمر رضي الله عنه ، ألا لا تغلوا صداق النساء فإنه لو كان مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله ، كان أولاكم بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ما أصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من نسائه ولا أصدق امرأة من بناته أكثر من اثنتي عشرة أوقية ، وإن الرجل يغلي بصدقة امرأته حتى يكون لها عداوة في قلبه ، وحتى يقول : كلفت لكم علق القرية ، أخرجه النسائي وأبو داود مختصراً ، وعن أبي سلمة قال ، سألت عائشة عن صداق النبي (ص) فقالت اثنتا عشرة أوقية ونش ، فقلت وما نش ؟ قالت نصف أوقية ، أخرجاه أيضاً ، والأوقية أربعون درهما ، فلا تستحب الزيادة على هذا ، لأنه إذا كثر ربما تعسر عليه فيعرض للضرر في الدنيا والآخرة

(فصل) وكل ما جاز ثمناً في البيع أو أجرة في الإجارة من العين والدين ،
والحال والمؤجل والقليل والكثير : ومنافع الحر والعبد وغيرهما جاز أن يكون
صدقا ، وقد روى الدارقطني بإسناده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
: « أنكحوا الأيامي وأدوا العلاتق » ، قيل : ما العلاتق يا رسول الله ؟ قال :
ما تراعى عليه الأهلون ، ولو قضيا من أراك ، ورواه الجوزجاني ، وهذا قال
مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة : منافع الحر لا تكون صدقا ، لأنها ليست
مالا ، وإنما قال الله تعالى : (أن تبغوا بأموالكم) .

ولنا قول الله تعالى (أني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني
ثماني حجج) والحديث الذي ذكرناه ، ولأنها منفعة يجوز العرض عنها في الإجارة ،
فجازت صدقا كمنفعة العبد ، وقولهم : ليست مالا ، ممنوع فإنها تجوز المعاوضة عنها
وبها تم إن لم تكن مالا فقد أجريت بجرى المال في هذا فكذلك في النكاح ، وقد نقل
منا عن أحمد : إذا تزوجها على أن يخدمها سنة أو أكثر كيف يكون هذا ؟ قيل له فامرأة
لها ضياع وأرضون لا تقدر على أن تديرها ؟ قال : لا يصلح هذا ، قال أبو بكر :
إن كانت الخدمة معلومة جاز ، وإن كانت مجهولة لا تضبط فلها صدق مثلها ، كأنه
تأول مسألة منها على أن الخدمة مجهولة فلذلك لم يصح ، ونقل أبو طالب عن أحمد :
التزويج على بناء الدار وخياطة الثوب وعمل شيء جائز لأنه معلوم يجوز أخذ
العرض عنه لجاز أن يكون صدقا كالأعيان : ولو تزوجها على أن يأتيا بعينها
الآبق من مكان معين صح ، لأنه عمل معلوم يجوز أخذ الأجرة عنه ، وإن أصدقها
الآتيان به أين كان لم يصح لأنه مجهول .

(فصل)

ولو نكحها على أن يبيع بها لم تصح التسمية ، وبهذا قال الشافعي ، وقال النخعي
ومالك والثوري والأوزاعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد : يصح .
ولنا أن الحملان مجهول لا يوقف له على حد فلم يصح ، كما لو أصدقها شيئا ،
فعل هذا لها مهر المثل وكذلك كل موضع قلنا لا تصح التسمية .

(فصل) وإن أصدقها خياطة ثوب بعينه فهلك الثوب لم تفسد التسمية ولم
يجب مهر المثل لأن تعذر تسليم ما أصدقها بعينه لا يوجب مهر المثل كما لو أصدقها

تغير حنطة فذلك قبل تسليمه ، ويجب عليه أجر مثل خياطته ، لأن المعقود على العمل فيه تلف فوجب الرجوع الى عوض العمل كالأموال أصداقها تعليم عيها صناعة فحلت قبل التعليم ، وإن عجز عن خياطته مع بقاء الثوب لمرض أو نحوه فعليه أن يقيم مقامه من يخطه ، وإن طلقها قبل خياطته قبل الدخول فعليه خياطة نصفه ، إن أمكن معرفة نصفه ، وإن لم يمكن فعليه نصف أجر خياطته إلا أن يبذل خياطة أكثر من نصفه بحيث يعلم أنه قد غاط النصف بقينا ، وإن كان الطلاق بعد خياطته رجع عليها بنصف أجره .

(فصل) وإن أصدقها تعليم صناعة أو تعليم عيها صناعة صم ، لأنه منفعة معلومة يجوز بذل الموضع عنها لحاز جعلها صداقا كخياطة ثوبها ، وإن أصدقها تعليمه أو تعليمها شمرأ مباحا معيناً أو فقها أو لغة أو نحواً أو غير ذلك من العلوم الشرعية التي يجوز أخذ الأجرة على تعليمها جاز وصحت التسمية ، لأنه يجوز أخذ الأجرة عليه لحاز صداقا كمنافع الدار .

(فصل) فاما تعليم القرآن فاختلفت الرواية عن أحد في جعله صداقا ، فقال في موضع : أكرمه وقال في موضع : لا بأس أن يتزوج المرأة على أن يعطيها سورة من القرآن ، أو على ثعلين ، وهذا مذهب الشافعي ، قال أبو بكر في المسألة قولان ، يعني روايتين ، قال : واختيارى أنه لا يجوز ، وهو مذهب مالك والليث وأبي حنيفة ومكحول وإسحاق ، واحتج من أجازها بما روى سهل بن سعد الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنه جاءته امرأة فقالت : اني وهبت نفسي لك ، فقامت طويلاً ، فقال رجل : يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة فقال : هل عندك من شيء تصدقها ؟ فقال : ما عندي إلا أزارى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أزارك ، إن أعطيتها جلست ولا أزارك ، قالتس شيتا ، قال لا أجد ، قال التمس ولو خاتماً من حديد ، قالتس فلم يجد شيتا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجتكها بما معك من القرآن متفق عليه ، ولأنها منفعة معينة مباحة لحاز جعلها صداقا كتعليم قصيدة من الشعر المباح .

ووجه الرواية الأخرى : أن الفروج لا تستباح إلا بالأموال لقوله تعالى (أن تبغوا بأموالكم) وقوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات

المؤمنات والظواهر المال ، وقد روي ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج رجلاً على سورة من القرآن ثم قال : لا تكون لأحد بعدك مهراً ، رواه النجاشي بإسناده ، ولأن تعليم القرآن لا يجوز أن يقع إلا قربة لفاعله ، فلم يصح أن يكون صداقاً كالصوم والصلاة وتعليم الأيمان ، ولأن التعليم من المعلم والمتعلم مختلف ولا يكاد ينضبط ، فأشبه الشيء المجهول .

فأما حديث المومنية فقد قيل : معناه أنه جنتكها بما معك من القرآن ، أي زوجتكها ، لأنك من أهل القرآن كما زوج أبا طلحة على إسلامه ، فروى ابن عبد البر بإسناده عن أنس ، أن أبا طلحة أتى أم سليم يخطبها قبل أن يسلم ، فقالت : أتزوج بك وأنت تعبد خشبة نحتها عبد بني فلان ؟ أن أسلمت تزوجت بك ، قال فأسلم أبو طلحة ، فتزوجها على إسلامه ، وليس في الحديث الصحيح ذكر التعليم ، ويحتمل أن يكون خاصاً لذلك الرجل ، بدليل ما رواه النجاشي ولا تفريع على هذه الرواية ، فأما على الأخرى فلا بد من تعيين ما يعلمها آية أم سورة معينة أو سوراً أو آيات بعينها لأن السور تختلف وكذلك الآيات ، وهل تحتاج إلى تعيين قراءة مرتبة ؟ فيه وجهان .

أحدهما . يحتاج إلى ذلك لأن الأغراض تختلف والقراءات تختلف فمنها صحت كقراءة حمزة وسهل فأشبه تعيين الآيات .

والثاني : لا يفتر إلى التعيين لأن هذا اختلاف يسير وكل حرف ينوب عن صاحبه ويقوم مقامه ولذلك لم يعين النبي صلى الله عليه وسلم للراءة قراءة وقد كانوا يختلفون في القراءة أشد من اختلاف القراء اليوم فأشبه ما لو أصدقها قفراً من صيرة وللشافعي في هذا وجهان كهذين .

(فصل) فإن أصدقها تعليم سورة لا يحسنها نظرت فإن قال أحصل لك تعليم

(١) يا سبحان الله ! يصح الحديث قبل سطور ، ويستدل به هناك ، ثم يتمحل هنا لرده لأنه بما روى النجاشي فلا تألم يقل به ، لقد كان الواجب أن يؤخذ بالحديث المتفق على صحته كما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهو الهدى الذي لا ينبغي العدول عنه إلى قول أحد كاتمي من كان ، وكتبه محمد حامد الفقي .

هذه السورة صح لان هذه منفعة في ذمته لا تختص به فجاز أن يستاجر عليها من لا يحسنها كالحياطة اذا استاجر من يحصلها له ، وان قال على أن أعلك فذكر القاضي في الجامع أنه لا يصح لانه تعين بفعله وهو لا يقدر عليه فأنشبه ما لو استاجر من لا يحسن الحياطة ليخيط له ، وذكر في المجرى أنه يحتمل الصحة لان هذه تكون في ذمته فأنشبه ما لو أصدقها مالا في ذمته لا يقدر عليه في الحال .

(فصل) فإن جاءته بغيرها فقالت عليه السورة التي تريد تعليمي إياها لم يلزمه لان المستحق عليه العمل في عين فلم يلزمه إيقاعه في غيره كما لو استاجرت له الحياطة ثوبها فاتته بغيره فقالت خط هذا ، ولان المعلمين يختلفون في التعليم اختلافا كثيرا ، ولان له غرضا في تعليمها فلا يجبر على تعليم غيرها ، وان أتاها بغيره يعلمها لم يلزمها قبول ذلك لان المعلمين يختلفون في التعليم ، ولان لها غرضا في التعليم منه لكونه زوجها تحمل له ويحمل لها ، ولانه لما لم يلزمه تعليم غيرها لم يلزمها التعليم من غيره قياسا لاحدهما على الآخر :

(فصل) فإن تعلمتها من غيره أو تعذر عليه تعليمها فعليه أجر تعليمها فإن اختلفا فقال علمتها فانكرت فالقول قولها لان الاصل عدم تعليمها ، وفيه وجه آخر : أنهما ان اختلفا بعد أن تعلمتها فالقول قوله لان الظاهر معه ، وان علمها السورة ثم أنسيتها فلا شيء عليه لانه قد وفى لها بما شرط وانما تلف الصدق بعد القبض ، وان لقنها الجميع وكذا لقنها آية أنسيتها لم يعتد بذلك تعليمها لان ذلك لا يعد تعليمها ولو جاز ذلك لأفضى الى أنه متى قرأها فقرأتها بلسانها من غير حفظ كان تلقينا ، ويحتمل أن يكون ذلك تلقينا لانه قد لقنها الآية وحفظتها ، فأما ما دون الآية فليس بتلقين وجها واحدا .

فصل

فإن طلقها قبل الدخول بعد تعليمها السورة رجع عليها بنصف أجر تعليمها لان الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع بنصف الصداق وان لم يكن عليها فيه وجهان .

(أحدهما) عليه نصف أجر تعليمها لانه قد صارت أجنبية فلا يؤمن في تعليمها الفتنه .

(والثاني - يباح له تعليمها من وراء حجاب من غير خلوة بها كما يجوز له سماع كلامها في المعاملات ، وان كان الطلاق بعد الدخول ففي تعليمها السورة الوجهان . وان أصدقها رد عبدا من مكان معين فطلقها قبل الدخول وقبل الرد فعليه نصف أجر الرد لانه لا يمكنه نصف الرد وان طلقها بعد الرد رجع عليها بنصف أجره .

(فصل) ولو أصدق الكتابية تعليم سورة من القرآن لم يحز ولها مهر المثل ، وقال الشافعي يصح لقول الله تعالى (حتى يسمع كلام الله)

ولنا أن الجنب يمنع قراءة القرآن مع إيمانه واعتقاده أنه حق فالكافر أولى ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : لا تسافروا بالقرآن الى أرض العدو مخافة أن تناله أيديهم ، فالتحفيظ أولى أن يمنع منه ، فأما الآية التي احتجوا بها فلا حجة لهم فيها فإن السماع غير الحفظ ، وان أصدقها أو أصدق المسلمة تعليم شيء من التوراة والآنجيل لم يصح في المذهبين لانه مبدل مغير ، ولو أصدق الكتابية شيئا من ذلك كان كما لو أصدقها محرما .

(الفصل الثاني) أن الصداق ما اتفقوا عليه ورضوا به لقول الله تعالى (ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة) وقال النبي صلى الله عليه وسلم : العلاقات ما تراضى عليه الاهلون ، ولانه عقد معاوضة فيعتبر رضا المتعاقدين كسائر عقود المعاوضات : فان كان الولي الاب ففهما اتفق هو والزوج عليه جاز أن يكون صداقا ، قليلا كان أو كثيرا ، بكرأ كانت أو ثيبا صغيرة كانت أو كبيرة على ما أسلفناه فيما مضى ، ولذلك زوج شعيب عليه السلام موسى عليه السلام ابنته وجعل الصداق أجارة ثمانى حجج من غير مراجعة الزوجة ، وان كان الولي غير الاب اعتبر رضا المرأة والزوج لان الصداق لها وهو عوض منفعتها فأشبه أجر دارها وصداق أمتها ، فان لم يستأذنها الولي في الصداق لحكمه حكم الوكيل المطلق في البيع ان جعل الصداق مهر المثل فإزاد صح ولزم وان نقص عنه فلها مهر المثل .

(الفصل الثالث) أن الصداق لا يكون الا مالا لقول الله تعالى (أن تبغوا بأموالكم) ويشترط أن يكون له نصف ينمو عادة بحيث اذا طلقها قبل الدخول

بقي لها من النصف مال حلال، وهذا معنى قول الحنفى أنه نصف يحصل، وما لا يجوز أن يكون ثمنًا في البيع كالمحرم والمعدوم والمجهول وما لا منفعة فيه وما لا يتم ملكه عليه كالمبيع من المكبل والموزون قبل قبضه وما لا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء والصمك في الماء، وما لا يتمول عادة كحبة حنطة وقشرة جوزة لا يجوز أن يكون صداقًا لأنه نقل للملك فيه بعوض فلم يجوز فيه ما ذكرناه كالمبيع، ويعتبر أن يكون نصفه مما يتمول عادة ويبدل العوض في مثله عرفًا، لأن الطلاق يعرض فيه قبل الدخول فلا يبقى للمرأة إلا نصفه، فيجب أن يكون لها مال تنتفع به ويعتبر نصف القيمة لا نصف عين الصداق فإنه لو أصدقها عبدًا جاز وإن لم تمكن قسمته.

مسألة، قال (وإذا أصدقها عبدًا بعينه فوجدت به عيبًا فردته فلها عليه قيمته)

وجه ذلك : أن الصداق إذا كان معينًا فوجدت به عيبًا فلها رده كالمبيع المعيب ولا نعلم في هذا خلافا إذا كان العيب كثيرا فإن كان يسيرا فحكى عن أبي حنيفة أنه لا يرد به .

ولنا أنه عيب يرد به المبيع فرد به الصداق كالكثير وإذا رد به فلها قيمته لأن العقد لا يفسخ برده فيبقى سبب استحقاقه فيجب عليه قيمته كما لو غصبها إياه فأتلفه، وإن كان الصداق مثليا كالمكبل والموزون فردته فلها عليه مثله لأنه أقرب إليه، وإن اختارت أمساك المعيب وأخذ أرشه فلها ذلك في قياس المذهب، وإن حدث به عيب عندها ثم وجدت به عيبا خيرا بين أخذ أرشه وبين رده ورد أرش عيبه لأنه عوض في عقد معاوضة فيثبت فيه ذلك كالمبيع، وسائر فروع الرد بالعيب فيثبت فيها مثل ما يثبت في البيع لما ذكرنا

(فصل) وإن شرطت في الصداق صفة مقصودة كالكتابة والصناعة فإن بخلافها فلها الرد كما ترد به في البيع وهكذا إن دلسه تدليسا يرد به المبيع مثل تحمير وجه الجارية وتسويد شعرها وتجميده وتضمير الماء على الحجر وأشباه ذلك فلها الرد به، وإن وجدت الشاة مصراة فلها ردها ورد صاع من تمر قياسا على البيع؛ وقد نقل معنا عن أحمد فيمن تزوج امرأة على ألف ذراع فإذا هي تسعمائة؛ هي

بالخيار إن شاءت أخذت الدار وإن شاءت أخذت قيمة ألف ذراع والنكاح جائز وهذا فيما إذا أصدقها داراً بعينها على أنها ألف ذراع فخرجت نسمائة ، فهذا كالعيب في ثبوت الرد لأنه شرط شرطاً مقصوداً فإن بخلافه ، فأشبه ما لو شرط العبد كاتباً فإن بخلافه ، وجوز أحد الإمساك لأن المرأة رضيت بها ناقصة ولم يجعل لها مع الإمساك أرشاً لأن ذلك ليس بعيب ، ويحتمل أن لها الرجوع بقيمة نقصها أو ردها وأخذ قيمتها

مسألة ، قال (وكذلك إذا تزوجها على عبد فخرج حراً أو استحق ، سواء سلمه إليها أو لم يسلمه)

وجملة ذلك أنه إذا تزوجها على عبد بعينه نظنه عبداً مملوكاً فخرج حراً أو منصوباً فلها قيمته ، وبهذا قال أبو يوسف والشافعي في قديم قوله . وقال في الجديد لها مهر المثل ، وقال أبو حنيفة ومحمد في المنصوب كقولنا ، وفي الحر كقوله لأن العقد تعلق بعين الحر بإشارته إليه ، فأشبه ما لو علمه حراً ولنا أن العقد وقع على التسمية فكانت لها قيمته كالمنصوب ، ولأنها رضيت بقيمته إذ ظنته مملوكاً فكان لها قيمته ، كما لو وجدته معيماً فردته ، بخلاف ما إذا قال أصدقك هذا الحر أو هذا المنصوب فإنها رضيت بلا شيء لرضاها بما تعلم أنه ليس بمال أو بما لا يقدر على تملكه إياها ، فكان وجود التسمية كعدمها ؛ فكان لها مهر المثل ؛ وقول الحرقى ، سواء سلمه إليها أو لم يسلمه ، يعني أن تسليمه لا يفيد شيئاً لأنه سلم ما لا يجوز تسليمه ولا تثبت اليد عليه فكان وجوده كعدمه

فصل

فإن أصدقها مثلياً فإن منصوباً فلها مثله ، لأن المثل أقرب إليه ولهذا يضمن في الاتلاف ، وإن أصدقها جرة خل فخرجت خيراً أو منصوبة فلها مثل ذلك خلا لأن الخل من ذوات الأمثال ، وهذا مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي . وقال القاضي : لها قيمته لأن الحر ليس بمال ولا من ذوات الأمثال . والصحيح ما قلناه لأنه سماه خلا فرضيت به على ذلك فكان لها بدل المسمى بالحر

وما ذكره يطل بها اذا اصدقها عبدا فإن حرا ، ولأنه ان أوجب قيمة الحر فالحر لا قيمة له ، وان أوجب قيمة الحفل فقد اعتبر التسمية في ايجاب قيمته ففي ايجاب مثله أولى .

(فصل) فإن قال اصدقك هذا الحر وأشار الى الحفل أو عبد فلان هذا وأشار إلى عبده صحت التسمية ولها المشار اليه لأن المعقود عليه يصح العقد عليه فلا يختلف حكمه باختلاف صفته ، كما لو قال بعثك هذا الأسود وأشار الى أبيض أو هذا الطويل وأشار الى قصير

(فصل) وان تزوجها على عبيدين ، فخرج أحدهما حرا أو منصوبا صح الصداق في تملكه ولها قيمة الآخر ، نص عليه أحمد ، وان كان عبدا واحدا فخرج نصفه حرا أو منصوبا فلها الخيار بين رده وأخذ قيمته وبين امساك نصفه وأخذ قيمة باقية ، نص عليه أحمد لأن الشركة عيب فكان لها الفسخ ، كما لو وجدته معييا . فإن قيل فلم لا تقولون يطلان التسمية في الجميع وترجع بالقيمة كلها في المسألتين كما في تفريق الصفقة ؟ قلنا ان القيمة بدل انما يصار اليها عند العجز عن الاصل ، وههنا العبد المملوك مقدور عليه ولا عيب فيه وهو مسمى في العقد فلا يجوز الرجوع الى بدله : أما تفريق الصفقة فإنه اذا بطل العقد في الجميع صرنا الى الثمن ، وليس هو بدلا عن المبيع ، وانما انفسخ العقد فرجع في رأس ماله . وههنا لا ينفسخ العقد وانما رجع الى قيمة الحر منهما لتعذر تسليمه فلا وجه لايجاب قيمته ، وأما اذا كان نصفه حرا ففيه عيب فجاز رده بعينه ، وقال ابو حنيفة : اذا اصدقها عبيدين فاذا أحدهما حر فلها العبد وحده صداقا ولا شيء لها سواء .

ولنا انه اصدقها حرا فلم تسقط تسميته الى غير شيء ، كما لو كان منفردا

، مسألة ، قال (واذا تزوجها على ان يشتري لها عبدا بعينه فلم يبع او طلب فيه أكثر من قيمته او لم يقدر عليه فلها قيمته)

نص أحمد على هذا في رواية الاثرم : وقال الشافعي : لا تصح التسمية ولها مهر المثل لأنه جعل ملك غيره عوضا فلم يصح كالبيع

ولنا أنه أصدقها تحصيل عبد معين فصع كما لو تزوجها على رد عبدها الأبق من مكان معلوم، ولأنه جعل ملك غيره عوضا وإنما العوض تحصيله وتمليكها إياه. إذا ثبت هذا فإنه إذا قدر عليه بشئ مثله لزمه تحصيله ودفعه إليها وإن جاءها بقيمته لم يلزمها قبوله لأنه قدر على دفع صداقها إليها فلزمه كما لو أصدقها عبدا يملكه، وإن لم يبعه سيده أو تعذر عليه الوصول إليه لتلفه أو غير ذلك أو طلب فيه أكثر من قيمته فلها قيمته لأنه تعذر الوصول إلى قبض المسمى المتقوم فوجب قيمته كما لو تلف، وإن كان الذبي جعل لها مثليا فتعذر شراؤه وجب لها مثله لأن المثل أقرب إليه.

(فصل) وإن تزوجها على عبد موصوف في الذمة صح لأنه يصح أن يكون عوضا في البيع. فإن جاءها بقيمته لم يلزمها قبولها. وبهذا قال الشافعي واختاره أبو الخطاب وقال القاضي يلزمها قبولها قياسا على الأبل في الدية.

ولنا أنها استحققت عليه عبدا بعقد معاوضة فلم يلزمها أخذ قيمته كالمسلم فيه، ولأنه عبد وجب صداقا فاشبه ما لو كان معيبا، وأما الدية فلا يلزم أخذ قيمة الأبل وإنما الأثمان أصل في الدية كما أن الأبل أصل فيتخير بين دفع أي الأصول شاء فيلزم الولي قبوله لا على طريق القيمة بخلاف مسألتنا، ولأن الدية خارجة عن القياس فلا يناقض بها ولا يقاس عليها. ثم قياس العوض على سائر الأعراض أولى من قياسه على غير عقود المعاوضات ثم ينتقض بالعبد المعين.

(فصل) وإن تزوجها على أن يعتق أباهما صح نص عليه أحمد فإن طلب به أكثر من قيمته أو لم يقدر عليه فلها قيمته. وهذا قول الشعبي ووجهه ما تقدم فإن جاءها بقيمته مع إمكان شرائه لم يلزمها قبولها لما ذكرنا ولأنه يفوت عليها العوض في عتق أبيها.

(فصل) ولا يصح الصداق إلا معلوما يصح بمثله البيع، وهذا اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي. وقال القاضي يصح مجهولا ما لم تزد جهالة على مهر المثل لأن جعفر بن محمد نقل عن أحمد في رجل تزوج امرأة على ألف درهم وخادم فطلقها قبل أن يدخل بها: يقوم الخادم وسطا على قدر ما يخدم مثلها، ونحو هذا قول

أبي حنيفة : فعمل هذا إذا تزوجها على عبد أو أمة أو فرس أو بغل أو حيوان من جنس معلوم أو ثوب مروي أو مروي وما أشبهه بما يذكر جنسه فإنه يصح ولها الوسط ، وكذلك قفيز حنطة وعشرة أرطال زيت ، وإن كانت الجهالة تزيد على جهالة مهر المثل كثوب أو دابة أو حيوان أو على حكمها أو حكمه أو حكم اجنبي أو على حنطة أو شعير أو زيت أو على ما اكتسبه في العام لم يصح لأنه لا سبيل إلى معرفة الوسط فيتعذر تسليمه

وفي الأول يصح لقول النبي صلى الله عليه وسلم ، العلاتق ما تراضى عليه الأهلون ، وهذا قد تراضوا عليه ، ولأنه موضع يثبت فيه الحيوان في الذمة بدلا مما ليس المقصود فيه المال فثبت مطلقا كالدية ؛ ولأن جهالة التسمية هنا أقل من جهالة مهر المثل لأنه يعتبر بنسائها بما يساويها في صفاتها وبلدها وزمانها ونسبها ثم لو تزوجها على مهر مثلها صح ، فهنا مع قلة الجهل فيه أولى ، ويفارق البيع فإنه لا تحتمل فيه الجهالة بحال

وقال مالك : يصح مجهولا ، لأن ذلك ليس بأكثر من ترك ذكره . وقال أبو الخطاب : إن تزوجها على عبد من عبيده أو قبض من قصاته أو عمامة من عمامته ونحو ذلك صح ، لأن أحد قال في رواية منها فمن تزوج على عبد من عبيده جائز ، فإن كانوا عشرة عبيد أعطى من أوسطهم ، فإن تشاحا أقرع بينهم ، قلت وتستقيم القرعة في هذا ؟ قال نعم ، ووجهه أن الجهالة هنا يسيرة ويمكن التعيين بالقرعة ، بخلاف ما إذا أصدقها عبدا مطلقا فإن الجهالة تكثر فلا يصح . ولنا أن الصداق عوض في عقد معاوضة فلم يصح مجهولا كموض البيع ، واللاجارة ، ولأن المجهول لا يصلح عوضا في البيع فلم تصح تسميته كالمحرم ، وكما لو زادت جهالته على مهر المثل . وأما الخير فالمراد به ما تراضوا عليه بما يصلح عوضا بدليل سائر مالا يصلح ، وأما الدية فإنها تثبت بالشرع لا بالعقد وهي خارجة عن القياس في تقديرها ، ومن وجبت عليه فلا ينبغي أن تجعل أصلا ، ثم إن الحيوان الثابت فيها موصوف بسته مقدر بقيمته ، فكيف يقاس عليه العبد المطلق في الأمرين ؟ ثم ليست عقدا وإنما الواجب بدل متلف لا يعتبر فيه التراضي فهو كقيم

المتلفات ، فكيف يقاس عليها عوض في عقد يعتبر تراضيها به ؟ ثم إن قياس العوض في عقد معاوضة على عوض في معاوضة أخرى أصح وأولى من قياسه على بدل متلف ، وأما مهر المثل فإنما يجب عند عدم التسمية الصحيحة كما تجب قيم المتلفات وإن كانت تحتاج إلى نظر ، ألا ترى أننا نصير إلى مهر المثل عند عدم التسمية ولا نصير إلى عبد مطلق ، ولو باع ثوباً بعبد مطلق فأتلفه المشتري فإننا نصير إلى تقويمه ولا نوجب العبد المطلق ، ثم لا نسلم أن جهالة المطلق من الجنس الواحد دون جهالة مهر المثل ، فإن العادة في القبائل والقرى أن يكون لنسائهم مهر لا يكاد يختلف إلا بالبكارة والثبوبة لحسب : فيكون إذا معلوماً والوسط من الجنس يعد الوقوف عليه لكثرة أنواع الجنس واختلافها واختلاف الأعيان في النوع الواحد ، وأما تخصيص التصحيح بعبد من عبيده فلا نظير له يقاس عليه ولا نعلم فيه نصاً يصار إليه فكيف ثبت الحكم فيه بالحكم ؟

وأما نصروا أحمد على الصحة فتأولها أبو بكر على أنه تزوجها على عبد معين ثم أشكل عليه ، إذا ثبت هذا فإن لها مهر المثل في كل موضع حكمتنا بفساد التسمية ، ومن قال بصحتها أوجب الوسط من المسمى والوسط من العبد السندی لأن الأعلى التركي والرومي والأسفل الزنجي والحبشي والوسط السندی والمنصوري ، قال القاضى وإن أعطاهما قيمة العبد لزمها قبولها إلحاقاً بالابل في الدية .

(فصل) ويجوز أن يكون الصداق معجلاً ومؤجلاً وبعضه معجلاً وبعضه مؤجلاً لأنه عوض في معاوضة لجاز ذلك فيه كالثمن ثم إن أطلق ذكره اقتضى الحلول كما لو أطلق ذكر الثمن : وإن شرطه مؤجلاً إلى وقت فهو إلى أجله ، وإن أجله ولم يذكر أجله فقال القاضى : المهر صحيح وعمله الفرقة فإن أحد قال إذا تزوج على العاجل والأجل لا يحل الأجل إلا بموت أو فرقة ، وهذا قول النخعي والشمي .

وقال الحسن وحامد ابن أبي سليمان وأبو حنيفة والثوري وأبو عبيد يطل الأجل ويكون حالا ، وقال إياس بن معاوية وقتادة : لا يحل حتى يطلق أو يخرج من مصرها أو يتزوج عليها ، وعن مكحول والأوزاعي والعنبري . يحل إلى سنة بعد دخوله بها ، واختار أبو الخطاب أن المهر فاسد ولها مهر المثل ، وهو قول الشافعي

لأنه عوض مجهول المحل ففسد كالثمن في البيع ، ووجه القول الأول : أن المطلق يحمل على العرف والعادة في الصداق الآجل ترك المطالبة به إلى حين الفرقة لحمل عليه فيصير حينئذ معلوماً بذلك ، فأما إن جعل الآجل مدة مجهولة كقدوم زيد وجيء المطر ونحوه لم يصح لأنه مجهول ، وإنما صح المطلق لأن أجله الفرقة بحكم العادة ، وههنا صرفه عن العادة بذكر الآجل ولم يبينه فبقى مجهولاً ، فيحتمل أن تبطل التسمية ويحتمل أن يبطل التأجيل ويحل .

مسألة ، قال (وإذا تزوجها على محرّم وهما مسلمان ثبت النكاح وكان لها مهر المثل أو نصفه إن كان طلقها قبل الدخول)

في هذه المسألة ثلاث مسائل :

الأولى : أنه إذا سمي في النكاح صداقاً محرماً كالخمر والخنزير فالتسمية فاسدة والنكاح صحيح ، نص عليه أحمد ، وبه قال عامة الفقهاء منهم الثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، وحكى عن أبي عبيد أن النكاح فاسد واختاره أبو بكر عبد العزيز قال لأن أحمد قال في رواية المروزي إذا تزوج على مال غير طيب فكرهه ، فقلت : ترى استقبال النكاح ؟ فأعجبه ، وحكى عن مالك أنه إن كان بعد الدخول ثبت النكاح وإن كان قبله فسخ ، واحتج من أفسده بأنه نكاح جفل الصداق فيه محرماً فأشبهه نكاح الشغار .

ولنا أنه نكاح لو كان عوضه صحيحاً كان صحيحاً فوجب أن يكون صحيحاً وإن كان عوضه فاسداً كما لو كان مغسوراً أو مجهولاً ، ولأنه عقد لا يفسد بجهالة العوض فلا يفسد بتحريمه كالمخلع ، ولأن فساد العوض لا يزيد على عدمه ولو عدم كان العقد صحيحاً فكذلك إذا فسد ، وكلام أحمد في رواية المروزي محمول على الاستحباب ، فإن مسألة المروزي في المال الذي ليس بطيب وذلك لا يفسد العقد بتسميته فيه اتفاقاً ، وما حكى عن مالك لا يصح فإن ما كان فاسداً قبل الدخول فهو بعده فاسد كنكاح ذوات المحارم ، فأما إذا فسد الصداق لجهالة أو عدمه أو العجز عن تسليمه فإن النكاح ثابت لا نعلم فيه خلافاً ، وقول الخرقى وهما مسلمان ، احتراز من الكافرين إذا عقد النكاح بمحرّم فإن هذه قد مر تفصيلها .

المسألة الثانية : أنه يجب مهر المثل وهذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وذلك لأن فساد العوض يقتضي رد العوض وقد تعذر رده لصحة النكاح فيجب رد قيمته وهو مهر المثل كن اشترى شيئا بثمن فاسد فقبض المبيع وتلف في يده فإنه يجب عليه رد قيمته ، فإن دخل بها استقر مهر المثل في قولهم جميعا ، وإن مات أحدهما فكذلك لأن الموت يقوم مقام الدخول في تكميل الصداق وتقريره ، وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى لا يستقر بالموت إلا أن يكون قد فرضه لها ، وإن طلق قبل الدخول فلها نصف مهر المثل وبهذا قال الشافعي ، وقال أصحاب الرأي لها المتعة لأنه لو لم يسم لها صداقا كان لها المتعة ، فكذلك إذا سمي لها تسمية فاسدة لأن هذه التسمية كعدمها ، وذكر القاضى في الجامع أنه لا فرق بين من لم يسم لها صداقا وبين من سمي لها محرما كالنكر أو مجهولا كالثوب ، وفي الجميع روايتان .

أحدهما : لها المتعة إذا طلقها قبل الدخول لأن ارتفاع العقد يوجب رفع ما أوجبه من العوض كالبيع ، لكن تركناه في نصف المسمى لتراضيا عليها فكان ما تراضيا عليه أولى ، ففي مهر المثل يبقى على الأصل في أنه يرتفع وتجب المتعة .
والثانية : أن لها نصف مهر المثل لأن ما أوجبه عقد النكاح يتنصف بالطلاق قبل الدخول ومهر المثل قد أوجبه العقد فيتنصف به كالسمى ، والخرق فرق بينها فأوجب في التسمية الفاسدة نصف مهر المثل وفي المفوضة المتعة : وهو مذهب الشافعي لأن المفوضة رضيت بلا عوض وعاد إليها بضمها سلبا وإيجاب نصف المهر لها لا وجه له لأن الله تعالى أوجب لها المتعة ففي إيجاب نصف المهر جمع بينها أو إسقاط للمتعة المنصوص عليها وكلاهما فاسد ، وأما التي اشترطت لنفسها مهرأ فلم ترض إلا بعوض ولم يحصل لها العوض الذي اشترطته فوجب لها بدل ما فات عليها من العوض وهو مهر المثل أو نصفه إن كان قبل الدخول ، ولأن الأصل وجوب مهر المثل لأنه وجب بالعقد بدليل أنه يستقر بالدخول والموت وإنما خولف هذا في المفوضة بالنصر الوارد فيها فقها عداها يبقى على الأصل .

المسألة الثالثة . أنه اذا سمى لها تسمية فاسدة وجب مهر المثل بالغاً ما بلغ ،
وبه قال الشافعي وزفر ، وقال أبو حنيفة وصاحبايه يجب الاقل من المسمى أو مهر
المثل لان البضع لا يقوم الا بالعقد فإذا رضيت بأقل من مهر مثلها لم يقوم بأكثر
مما رضيت به لانها رضيت بإسقاط الزيادة .

ولنا أن ما يضمن بالعقد الفاسد اعتبرت قيمته بالغاً ما بلغ كالمبيع ،
وما ذكره فقير مسلم ثم لا يصح عتدم فإنه لو وطئها وجب مهر المثل ولو لم يكن
له قيمة لم يجب ، فإن قيل إنما وجب لحق الله تعالى ؟ قيل : لو كان كذلك لوجب
أقل المهر ولم يجب مهر المثل .

مسألة . قال (واذا تزوجها على ألف لها وألف لانيها كان ذلك جائزاً
فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف الألفين ولم يكن على الأب شيء
مما أخذه)

وجملة الامر أنه يجوز لأبي المرأة أن يشترط شيئاً من صداق ابنته لنفسه
وهذا قال اسحاق ، وقد روى عن مسروق أنه لما زوج ابنته اشترط لنفسه عشرة
آلاف ، فجعلها في الحج والمساكين ، ثم قال للزوج : تجهز امرأتك ، وروى نحو
ذلك عن علي بن الحسين ، وقال عطاء وطاوس وعكرمة وعمر بن عبد العزيز
والشورى وأبو عبيد يكون كل ذلك للمرأة ، وقال الشافعي اذا فعل ذلك فلها مهر
المثل وتفسد التسمية لانه نقص من صداقها لأجل هذا الشرط الفاسد لان المهر
لا يجب الا للزوجة لانه عوض بضعها فيبقى مجبولاً لاتنا نحتاج أن نضم الى المهر
ما نقص منه لأجل هذا الشرط وذلك مجبول فيفسد .

ولنا قول الله تعالى في قصة شعيب عليه السلام (اني أريد أن أنكحك إحدى
ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج) لجعل الصداق الإجارة على رعاية غنمه
وهو شرط لنفسه ، ولان للوالد الاخذ من مال ولده بدليل قوله عليه السلام
أنت ومالك لانيك ، وقوله : ان اولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم ،
أخرجه أبو داود ونحوه الترمذي ، وقال حديث حسن : فإذا شرط لنفسه شيئاً
من الصداق يكون ذلك أخذاً من مال ابنته وله ذلك .

قولهم انه شرط فاسد ممنوع ، قال القاضى ولو شرط جميع الصداق لنفسه
صح بدليل قصة شعيب فانه شرط الجميع لنفسه ، واذا تزوجها على ألف لها
والألف لا ييها فطلقت قبل الدخول رجع الزوج في الألف الذى قبضته ولم يكن على
الأب شيء مما أخذ لان الطلاق قبل الدخول يوجب نصف الصداق والألفان
جميع صداقها فرجع عليها بنصفيهما وهو ألف ولم يكن على الأب شيء لانه أخذ
من مال ابنته ألفا فلا يجوز الرجوع عليه به ، وهذا فيما اذا كان قد قبضها
الألفين ولو طلقها قبل قبضها سقط عن الزوج ألف ويبقى عليه ألف للزوجة
بأخذ الأب منها ما شاء .

وقال القاضى يكون بينهما نصفين وقال نقله منها عن أحمد لانه شرط لنفسه
النصف ولم يحصل من الصداق الا النصف ، وليس هذا القول على سبيل الإيجاب
فان للأب أن يأخذ ما شاء ويترك ما شاء ، واذا ملك أن يأخذ من غير شرط
فكذلك اذا شرط .

فصل

فان شرط ذلك غير الأب من الأولياء كالجد والابن والعم فالشرط باطل ،
نص عليه أحمد ، وجميع المسمى لها ، ذكره أبو حفص وهو قول من سمينا في
أول المسألة ، وقال الشافعى يجب مهر المثل ، وهكذا ذكر القاضى في المجرى لان
الشرط اذا بطل احتجنا أن نرد الى الصداق ما نقصت الزوجة لاجله ولا يعرف
قدره فيصير الكل مجهولا فيفسد ، وان أصدقها ألفين على أن تعطى أخاها ألفا
فالصداق صحيح لانه شرط لا يزداد في المهر من أجله ولا ينقص منه فلا يؤثر في
المهر بخلاف التى قبلها .

ولنا أن جميع ما اشترطه عوض في تزويجها فيكون صداقا لها ، كما لو جمعه
لها ، واذا كان صداقا انتفت الجهالة ، وهكذا لو كان الأب هو المشترط لكان
الجميع صداقا وانما هو أخذ من مال ابنته لان له ذلك ، ويشترط أن لا يكون ذلك
مجهضا بمال ابنته ، فإن كان مجهضا بماله لم يصح الشرط وكان الجميع لها ، كما
لو اشترطه سائر أوليائها ، ذكره القاضى في المجرى .

(فصل) فإن شرط لنفسه جميع الصداق ثم طلق قبل الدخول بعد تسليم الصداق إليه رجع في نصف ما أعطى الأب لأنه الذي فرضه لها فترجع في نصفه لقوله تعالى (فنصف ما فرضتم) ويحتمل أن يرجع عليها بقدر نصفه ، ويكون ما أخذه الأب له لأننا قدرنا أن الجميع صار لها ثم أخذه الأب منها فتصير كأنها قبضته ثم أخذه منها ، وهكذا لو أصدقها ألفا لها وألفا لآبيها ثم ارتدت قبل الدخول ، فهل يرجع في الألف الذي قبضه الأب أو عليها ؟ على وجهين .

مسألة . قال (وإذا أصدقها عبداً صغيراً فكبر ثم طلقها قبل الدخول ، فإن شئت دفعت إليه نصف قيمته يوم وقع عليه العقد أو تدفع إليه نصفه زائداً إلا أن يكون يصلح صغيراً لما لا يصلح له كبيراً فيكون له عليها نصف قيمته يوم وقع عليه العقد إلا أن يشاء أخذ ما بذله من نصفه)

في هذه المسألة أحكام : منها : أن المرأة تملك الصداق بالعقد ، وهذا قول عامة أهل العلم ، إلا أنه حكى عن مالك أنها لا تملك إلا نصفه ، وروى عن أحمد ما يدل على ذلك ، وقال ابن عبد البر : هذا موضع اختلاف فيه السلف والآثار . وأما الفقهاء اليوم فعلى أنها تملكه ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : إن أعطيتها إزارك ، جلست ولا إزار لك ، دليل على أن الصداق كله للمرأة لا يبق للرجل منه شيء . ولأنه عقد تملك به العرض بالعقد فملك فيه العرض كاملاً كالبيع وسقوط نصفه بالطلاق لا يمنع وجوب جميعه بالعقد ، ألا ترى أنها لو ارتدت سقط جميعه ، وإن كانت قد ملكت نصفه .

إذا ثبت هذا فإن نماء وزيادته لها سواء قبضته أو لم تقبضه متصلاً كان أو منفصلاً ، وإن كان مالا زكائياً ، حال عليه الحول ، فزكاته عليها ، نص عليه أحمد وإن نقص بعد قبضتها له أو تلف : فهو من ضمانها ولو زكته ثم طلقت قبل الدخول كان ضمان الزكاة كلها عليها ، وأما قبل القبض ، فهو من ضمان الزوج ، إن كان مكبلاً أو موزوناً ، وأما غيرهما فإن منعها منه ولم يمكنها من قبضه فهو من ضمانه لأنه بمنزلة الغاصب ، وإن لم يحل بينه وبينها فهل يكون من ضمانها أو من ضمانه ؟ على وجهين بناء على المبيع ، وقد ذكرنا حكمه في بابيه .

الحكم الثاني : أن الصداق ينصف بالطلاق قبل الدخول لقوله تعالى (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وليس في هذا اختلاف بحمد الله ، وقياس المذهب أن نصف الصداق يدخل في ملك الزوج حكما كالمراث لا يفتر إلى اختياره وإرادته ، فما يحدث من التمايم يكون بينهما ، وهو قول زفر ، وذكر القاضي احتمالا آخر : أنه لا يدخل في ملكه حتى يختار كالشفيع ، وهو قول أبي حنيفة ، وللشافعي قولان كالوجهين .

ولنا قوله تعالى (فنصف ما فرضتم) أي لكم أو لهن ، فاقضى ذلك أن النصف لها ، والنصف له بمجرد الطلاق ، ولأن الطلاق سبب يملك به غير عوض فلم يقف الملك على إرادته واختياره كالإرث ، ولأنه سبب لنقل الملك ، فنقل الملك بمجرد كاليبيع وسائر الأسباب ، ولا تلزم الشفعة ، فإن سبب الملك فيها الأخذ بها ، ومتى أخذ بها ثبت الملك من غير إرادته واختياره ، وقبل الأخذ ما وجد السبب ، وإنما استحق مباشرة سبب الملك ومباشرة الأسباب موقوفة على اختياره ، كما أن الطلاق مفوض إلى اختياره ، فالأخذ بالشفعة نظير الطلاق وثبت الملك للأخذ بالشفعة نظير ثبوت الملك للمطلق ، فإن ثبت الملك حكم لها وثبتت أحكام الأسباب بعد مباشرتها لا يقف على اختيار أحد ، ولا إرادته ، فإن نقص الصداق في يد المرأة بعد الطلاق ، فإن كان قد طالبها به فمنعته ، فعليها الضمان لأنها غاصبة ، وإن تلف قبل مطالبتها فقياس المذهب أنه لا ضمان عليها لأنه حصل في يدها بغير فعلها ولا عدوان من جهتها ، فلم تضمنه كالوديعة ، وإن اختلفا في مطالبتها لها فالقول قولها لأنها منكورة .

وإن ادعى أن التلف أو النقص كان قبل الطلاق ، وقالت بعده ، فالقول أيضا قولها ، لأنه بدعي ما يوجب الضمان عليها وهي تنكره ، والقول قول المنكر وظاهر قول أصحاب الشافعي : أن على المرأة الضمان لما تلف أو نقص في يدها بعد الطلاق لأنه حصل في يدها بحكم قطع العقد ، فأشبه المبيع إذا ارتفع العقد بالفسخ ولنا ما ذكرناه ، وأما المبيع فيحتمل أن يمنع ، وإن سلمنا فإن الفسخ إن كان منهما أو من المشتري فقد حصل منه التسبب إلى جعل ملك غيره في يده ، وفي

مسألتنا ليس من المرأة فعل ؛ وإنما حصل ذلك بفعل الزوج وحده ، فاشبه ما لو
التى ثوبه في دارها بغير أمرها .

(فصل) ولو خالع امرأته بعد الدخول ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل دخوله
بها ؛ فلها في النكاح الثاني نصف الصداق أو المسمى فيه ، وبهذا قال الشافعي ،
وقال أبو حنيفة : لها جميعه لأن حكم الوطء موجود فيه بدليل أنها لو أتت بولد لزمه
ولنا قول الله سبحانه (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن
فريضة ، فنصف ما فرضتم) ولأنه طلاق من نكاح لم يمسا فيه ، فوجب أن
يتنصف به المهر ، كما لو تزوجها بعد العدة ، وما ذكره غير صحيح ، فإن لحوق
النسب لا يقف على الوطء عنده ولا يقوم مقامه ، فأما إن كان لم يدخل بها في
النكاح الأول أيضاً فعليه نصف الصداق الأول ونصف الصداق الثاني بغير خلاف
الحكم الثالث : أن الصداق إذا زاد بعد العقد لم يخل من أن تكون الزيادة
غير متميزة كعبد يكبر أو يتعلم صناعة أو يسمن ، أو متميزة كالولد والكسب
والثمرة ، فإن كانت متميزة أخذت الزيادة ورجع بنصف الأصل ، وإن كانت غير
متميزة ، فالخيرة اليها إن شاءت دفعت إليه نصف قيمته يوم العقد ، لأن الزيادة لها
لا يلزمها بدلها ولا يمكنها دفع الأصل بدونها فصرنا إلى نصف القيمة ، وإن شاءت
دفعت إليه نصفاً زائداً فيلزمه قبوله لأنها دفعت إليه حقه وزيادة لا تضر ولا تميز
فإن كان محجوراً عليها لم يكن لها الرجوع إلا في نصف القيمة ، لأن الزيادة لها ،
ولا يجوز لها ولا لوليها التبرع بشيء لا يجب عليها .

وإن نقص الصداق بعد العقد فهو من ضمانها ، ولا يخلو أيضاً من أن يكون
النقص متميزاً أو غير متميز ، فإن كان متميزاً كعبدين تلاف أحدهما ، فإنه يرجع
بنصف الباقي ونصف قيمة التالف أو مثل نصف التالف إن كان من ذوات الأمثال
وإن لم يكن متميزاً كعبد كان شاباً فصار شيخاً فنقصت قيمته أو نسي ما كان
يحسن من صناعة أو كتابة أو حزل ، فالخيار إلى الزوج ، إن شاء رجع بنصف
قيمه وقت ما صدقها ، لأن ضمان النقص عليها فلا يلزمه أخذ نصفه لأنه دون حقه
وإن شاء رجع بنصفه ناقصاً فتجبر المرأة على ذلك لأنه رضى أن يأخذ حقه ناقصاً

وان اختار أن يأخذ أرش النقص مع هذا لم يكن له ، هذا في ظاهر كلام الحرقى ، وهو قول أكثر الفقهاء .

وقال القاضى : القياس أن له ذلك ، كالمبيع بمسكه ويطالب بالأرش ، وبما ذكرناه كله ، قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال محمد بن الحسن : الزيادة غير المتميزة تابعة للعين فله الرجوع فيها ، لأنها تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادة السوق . ولنا أنها زيادة حدثت في ملكها ، فلم تنصف بالطلاق كالمتميزة ، وأما زيادة السوق فليست ملكا ، وفارق تمام المبيع لأن سبب الفسخ العيب وهو سابق على الزيادة وسبب تنضيف المهر الطلاق وهو حادث بعدها ، ولأن الزوج يثبت حقه في نصف المفروض دون العين . ولهذا لو وجدها ناقصة كان له الرجوع الى نصف مثلها أو قيمتها بخلاف المبيع المغيب ، والمفروض لم يكن سميئا فلم يكن له أخذه ، والمبيع تعلق حقه بعينه فتبعه ثمنه ، فأما أن نقص الصداق من وجه وزاد من وجه ، مثل أن يتعلم صنعة وينسى أخرى أو هزل وتعلم ، ثبت الخيار لكل واحد منهما : وكان له الامتناع من العين والرجوع الى القيمة ، فإن اتفقا على نصف العين جاز ، وإن امتنعت المرأة من بذل نصفها فلها ذلك لأجل الزيادة ، وإن امتنع هو من الرجوع في نصفها فله ذلك لأجل النقص ، وإذا امتنع أحدهما رجع في نصف قيمتها .

(فصل)

فإن كانت العين تالفة وهى من ذوات الأمثال ، رجع في نصف مثلها إلا رجع في نصف قيمتها أقل ما كانت من حين العقد الى حين القبض ، أو الى حين التمكين منه على ما ذكرنا من الاختلاف ، لأن العين إن زادت فالزيادة لها تختص بها ، وإن نقصت قبل ذلك فالنقص من ضمانه ، وإن طلقها قبل قبض الصداق وقبل الدخول ، وقد زادت زيادة منفصلة فهى لها تنفرد بها ، وتأخذ نصف الأصل ، وإن كانت الزيادة متصلة فلها الخيار بين أن تأخذ النصف ويبقى له النصف . وبين أن تأخذ الكل وتدفع اليه قيمة النصف غير زائد ، وإن كان ناقصا فلها الخيار بين أخذه ناقصا وبين مطالبته بنصف قيمته غير ناقص .

(فصل) إذا أصدقها نحلا حائلا فأطلعت ثم طلقها قبل الدخول فله نصف

قيمتها وقت ما أضدقها ، وليس له الرجوع في نصفها لأنها زائدة زيادة متصلة
فأشبهت الجارية إذا سمحت ، وسواء كان الطلع مؤبراً أو غير مؤبر لأنه متصل
بالأصل ولا يجب فصله عنه في هذه الحال ، فأشبه السمن وتعلم الصناعة ، فإن بذلت
له المرأة الرجوع فيها مع طلوعها أجبر على ذلك لأنها زيادة متصلة ولا يجب فصلها
وان قال أقطعي ثمرتك حتى أرجع في نصف الأصل لم يلزمها لأن عرف هذه
الثمرة أنها لا تؤخذ إلا بالجذاذ بدليل البيع ولأن حق الزوج انتقل إلى القيمة فلم
يعد إلى العين إلا برضاها ، فإن قالت المرأة أترك الرجوع حتى أجذ ثمرتي وترجع
في نصف الأصل أو أرجع في الأصل وأمهلي حتى أقطع الثمرة أو قال الزوج
أنا أصبر حتى إذا جذت ثمرتك رجعت في الأصل أو قال أنا أرجع في الأصل
وأصبر حتى تجذى ثمرتك لم يلزم واحداً منهما قبول قول الآخر ، لأن الحق انتقل
إلى القيمة فلم يعد إلى العين إلا برضاها .

ويحتمل أن يلزمها قبول ما عرض عليها لأن الضرر عليه ، فأشبه ما لو بذلت له
نصفها مع طلوعها وكألو وجد العين ناقصة فرضى بها ؛ وإن تراضيا على شيء من
ذلك جاز ، والحكم في سائر الشجر كالحكم في النخل وإخراج النور في الشجر بمنزلة
الطلع الذي لم يؤبر ، وإن كانت أرضا فخرتها فذلك زيادة محضة إن بذلتها له بزيادتها
لزمه قبولها كالزيادات المتصلة كلها ، وإن لم تبذلها دفعت نصف قيمتها وإن زرعتها
لحكمها حكم النخل إذا أطلع إلا في موضع واحد وهو أنها إذا بذلت نصف
الأرض مع نصف الزرع لم يلزمه قبوله بخلاف الطلع مع النخل ، والفرق
بينهما من وجهين :

أحدهما : أن الثمرة لا ينقص بها الشجر والأرض تنقص بالزرع وتضعف ؛
والثاني : أن الثمرة متولدة من النخل فهي تابعة له والزرع ملكها أودعته في
الأرض فلا يجبر على قبوله .

وقال القاضي : يجبر على قبوله كالطلع سواء وقد ذكرنا ما يقتضي الفرق
ومسائل الغراس كمسائل الزرع ، فإن طلقها بعد الحصاد ولم تكن الأرض زادت
ولا نقصت رجع في نصفها ، وإن نقصت بالزرع أو زادت به رجع في نصف
قيمتها إلا أن يرضى بأخذها ناقصة أو يرضى هي ببذلها زائدة .

(فصل) وإذا أصدقها خشباً فشقته أبواباً فزادت قيمته لم يكن له الرجوع في نصفه لزيادته ولا يلزمه قبول نصفه لأنه نقص من وجه فانه لم يبق مستعداً لما كان يصلح له من التسقيف وغيره ، وإن أصدقها ذهباً أو فضة فصاغته خلباً فزادت قيمته فلها منه من نصفه ، وإن بذلت له النصف لزمه القبول لأن الذهب لا ينقص بالصباغة ولا يخرج عن كونه مستعداً لما كان يصلح له قبل صباغته ، وإن أصدقها دنانير أو دراهم أو حلياً فكسرتها ثم صاغته على غير ما كان عليه لم يلزمه قبول نصفه لأنه نقص في يدها ولا يلزمها بذل نصفه لزيادة الصناعة التي أحدثتها فيه ، وإن عادت الدنانير والدرهم إلى ما كانت عليه فله الرجوع في نصفها وليس له طلب قيمتها لأنها عادت إلى ما كانت عليه من غير نقص ولا زيادة فأشبه ما لو أصدقها عبداً فرض ثم برى ، وإن صاغت الحل على ما كان عليه فقيه وجهان :

أحدهما : له الرجوع كالدارم إذا أعيدت .

والثاني : ليس له الرجوع في نصفه لأنها جددت فيه صناعة ، فأشبه ما لو صاغته على صفة أخرى ، ولو أصدقها جارية فهزلت ثم سميت فعادت إلى حالتها الأولى فهل يرجع في نصفها ؟ على وجهين .

(فصل)

وحكم الصداق حكم البيع في أن ما كان مكيلاً أو موزوناً لا يجوز لها التصرف فيه قبل قبضه ، وما عداه لا يحتاج إلى قبض ولها التصرف فيه قبل قبضه ، وقال القاضى وأصحابه : ما كان متعيناً فلها التصرف فيه ومالم يكن متعيناً كالقفيز من صبرة والرطل من زيت من دن . لا تملك التصرف فيه حتى تقبضه كالمبيع ، وقد ذكرنا في المبيع رواية أخرى : أنها لا تملك التصرف في شيء منه قبل قبضه وهذا مذهب الشافعى . وهذا أصل ذكر في البيع

وذكر القاضى في موضع آخر أن مالم ينتقض العقد بهلا كالمهر وعوض الخلع يجوز التصرف فيه قبل قبضه لأنه بذل لا يفسخ السبب الذى ملك به بهلا كالمهر . جاز التصرف فيه قبل قبضه كالوصية والميراث ، وقد نص أحمد على هبة المرأة وزوجها صداقاً قبل قبضها وهو نوع تصرف فيه ، وقياس المذهب أن ما جاز لها

التصرف فيه فهو من ضمانها ان تلف أو نقص وما لا تصرف لها فيه فهو من ضمان الزوج وان منعها الزوج قبضه أو لم يمكنها منه فهو من ضمانه على كل حال لأن يده عادية فضمنه كالعاصب، وقد نقل معنا عن أحمد في رجل تزوج امرأة على هذا الغلام فقضت عينه فقال : ان كانت قبضته فهو لها وان لم تكن قبضته فهو على الزوج : فظاهر هذا أنه جعله قبل قبضه من ضمان الزوج بكل حال . وهو مذهب الشافعي . وكل موضع قلنا هو من ضمان الزوج قبل القبض اذا تلف قبل قبضه لم يبطل الصداق بتلفه ويضمنه بمثله ان كان مثليا ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في القديم . وقال في الجديد يرجع الى مهر المثل لان تلف العوض يوجب الرجوع في المعوض فاذا تعذر رده رجع الى قيمته كالمبيع ، ومهر المثل هو القيمة فوجب الرجوع اليه .

ولنا أن كل عين يجب تسليمها مع وجودها اذا تلفت مع بقاء سبب استحقاقها فالواجب بدلها كالمفصوب والقرض والعارية وفارق المبيع اذا تلف فان البيع انفسخ وزال سبب الاستحقاق ، اذا ثبت هذا فان التالف في يد الزوج لا يخلو من أربعة أحوال :

أحدها : أن يتلف بفعلها فيكون ذلك قبضا منها ويسقط عن الزوج ضمانه والثاني : تلف بفعل الزوج فهو من ضمانه على كل حال ، ويضمنه لها بما ذكرناه ، والثالث : أتلفه أجنبي فلها الخيار بين الرجوع على الأجنبي بضمانه وبين الرجوع على الزوج ويرجع الزوج على المتلف : والرابع : تلف بفعل الله تعالى فهو على ما ذكرناه من التفصيل في صدر المسألة

(فصل) اذا طلق المرأة قبل الدخول وقد تصرف في الصداق بعقد من العقود لم يخل من ثلاثة أقسام . أحدها : ما يزيل الملك عن الرقة كالمبيع والهبة والعق ، فهذا يمنع الرجوع وله نصف القيمة لزوال ملكها وانقطاع تصرفها فان عادت العين اليها قبل طلاقها ثم طلقها وهي في يدها بحالها فله الرجوع في نصفها لأنه وجدها بعينها ، فأشبهه مالوم يخرجها ولا يلزم الوالد اذا ذهب لولده شيئا فخرج عن ملكه ثم عاد اليه حيث لا يملك الرجوع فيه لأننا نمنع ذلك ، وان سلمناه فان حق الوالد سقط بخروجه عن يد الولد بكل حال ، بدليل أنه لا يطالب ببذله والزوج

لم يسقط حقه بالكلية بل يرجع بنصف قيمته عند عدمه ، فإذا وجد كان الرجوع في عينه أولى ، وفي معنى هذه التصرفات الرهن ، فإنه وإن لم يزل الملك عن الرقبة لكنه يراد للبيع المزيل للملك ، ولذلك لا يجوز رهن مالا يجوز بيعه ، ففي الرجوع في العين إبطال لحق المرتين من الوثيقة فلم يجز ، وكذلك الكتابة فإنها تراء للعتق المزيل للملك ، وهي عقد لازم فحرت بحرى الرهن . فإن طلق الزوج قبل إقباض الهبة أو الرهن أو في مدة الخيار في البيع ففيه وجهان

أحدهما : لا تجبر على رد نصفه إليه لأنه عقد عقده في ملكها فلم تملك إبطاله كاللازم ، ولأن ملكها قد زال فلم تملك الرجوع فيها ليس بمملوك لها .

والثاني تجبر على تسليم نصفه لأنها قادرة على ذلك ولا زيادة فيها ، وللشافعي قولان كهذين الوجهين

فأما إن طلقها بعد تقييض الهبة والرهن ولزوم البيع فلم يأخذ قيمة النصف حتى فسخ البيع ، والرهن والهبة لم يكن له الرجوع في نصفها ، لأن حقه ثبت في القيمة . والثاني تصرف غير لازم لا ينقل الملك كالوصية والشركة والمضاربة . فهذا لا يبطل حق الرجوع في نصفه ، ويكون وجود هذا التصرف كعدمه ، لأنه تصرف لم ينقل الملك ولم يمنع المالك من التصرف فلا يمنع من له الرجوع على المالك من الرجوع كالإيداع والعارية .

فأما أن دبرته فظاهر المذهب أنه لا يمنع الرجوع لأنه وصية أو تعليق نصفه وكلاهما لا يمنع الرجوع ، ولأنه لا يمنع البيع فلم يمنع الرجوع كالوصية ، ولا يجوز الزوج على الرجوع في نصفه ، بل يخير بين ذلك وبين أخذ نصف قيمته ، لأن شركة من نصفه مدبر نقص ولا يؤمن أن يرفع إلى حاكم حتى فيحكم بعقده ، وإن كانت أمة فدبرتها خرج على الروايتين ، أن قلنا تباع في الدين فهي كالعبد ، وإن قلنا لا تباع لم يجبر الزوج على الرجوع في نصفها ، وإن كانت أمة أو العبد لم يجبر الزوج على الرجوع في العبد لأنه نقص ، وإن اختار الرجوع وقلنا الكتابة تمنع البيع منعت الرجوع ، وإن قلنا لا تمنع البيع احتمل أن لا تمنع الرجوع كالتمديد ، واحتمل أن تمنعه لأن الكتابة عقد لازم يراد لإزالة الملك فمنعت

الثالث : تصرف لازم لا يراد لازالة الملك كالأجارة والتزويج ، فهذا نقصر
 فيتخير بين أن يرجع في نصفه ناقصا لأنه رضى بحقه ناقصا وبين الرجوع في نصف
 قيمته ، فإن رجع في نصف المستاجر صبر حتى تنفسخ الأجارة
 فإن قيل فقد قلتم في الطلع الحادث في النخل إذا قال أنا أصبر حتى تنتهي الثمرة
 لم يكن له ذلك . قلنا الفرق بينهما أن في تلك المسألة تكون المنة له فلا يلزمها
 قبول منته بخلاف مسألتنا . ولأن ذلك يؤدي إلى التنازع في سقي الثمرة ووقت
 جذاها وقطعها لحرف العطش أو غيره بخلاف مسألتنا

فصل

فإن أصدقها شققا فهل للشفيع أخذه ؟ على وجهين ، فإن قلنا له أخذه فأخذه
 ثم طلق الزوج رجع في نصف قيمته لأنه قد زال ملكها عنه ، وإن طلقها قبل
 أخذه بالشفعة وطالب الشفيع فقيه وجهان
 أحدهما : يقدم الشفيع لأن حقه أسبق فانه ثبت بالنكاح ، وحق الزوج ثبت
 بالطلاق ، ولأن الزوج يرجع إلى بدله وهو نصف القيمة وحق الشفيع إذا بطل
 بطل بغير بدل .

والثاني يقدم الزوج لأن حقه أكد فانه ثبت بنص القرآن والاجماع ، وحق
 الشفعة مجتهد فيه غير مجمع عليه ، فعلى هذا يكون للشفيع أخذ النصف الباقي
 بنصف ما كان يأخذ به الجميع

، مسألة ، قال (وإذا اختلفا في الصداق بعد للعقد في قدره ولا يئنه على مبلغه
 فالقول قولها ما ادعت مهر مثلها)

وجملة ذلك أن الزوجين إذا اختلفا في قدر المهر ولا يئنه على مبلغه فالقول
 قول من يدعى مهر المثل منها ، فإن ادعت المرأة مهر مثلها أو أقل فالقول قولها ،
 وإن ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر فالقول قوله ، وبهذا قال أبو حنيفة . وعن
 الحسن والنخعي وحماد بن أبي سليمان وأبي عبيد نخوة ، وعن أحمد رواية أخرى
 أن القول قول الزوج بكل حال ، وهذا قول الشعبي وابن أبي ليلى وابن شبرمة

وأبى ثور، وبه قال أبو يوسف إلا أن يدعى مستكراً وهو أن يدعى مهر لا يتزوج بمثله في العادة لأنه منكر للزيادة ومدعى عليه فيدخل تحت قوله عليه السلام ، ولكن اليمين على المدعى عليه ، وقال الشافعي يتحالفان فإن حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت ما قاله ، وإن حلفا وجب مهر المثل . وبه قال الثوري لأنهما اختلفا في العرض المستحق في العقد ولا يثبت فيتحالفا قياساً على المتبايعين إذا اختلفا في الثمن وقال مالك إن كان الاختلاف قبل الدخول تحالفا وفسخ النكاح ، وإن كان بعده فالقول قول الزوج وبناء على أصله في البيع فإنه يفرق في التخالف بين ما قبل القبض وبعده ولأنها إذا أسلت نفسها بغير إشهاد فقد رضيت بأمانته

ولنا أن الظاهر قول من يدعى مهر المثل فكان القول قوله قياساً على المنكر في سائر الدعاوى ، وعلى المودع إذا ادعى التلف أو الرد ، ولأنه عقد لا يفسخ بالتحالف فلا يشرع فيه كالعفو عن دم العمد ، ولأن القول بالتحالف يفضي إلى إيجاب أكثر مما بدعيه أو أقل مما يقر لها به ، فإنها إذا كان مهر مثلها مائة فادعت ثمانين وقال بل هو خمسون أوجب لها عشرين يتفقان على أنها غير واجبة ولو ادعت مائتين وقال بل هو مائة وخمسون ومهر مثلها مائة فأوجب مائة لأسقط خمسين يتفقان على وجوبها ، ولأن مهر المثل إن لم يوافق دعوى أحدهما لم يجوز إيجابه لاتفاقهما على أنه غير ما أوجب العقد ، وإن وافق قول أحدهما فلا حاجة في إيجابه إلى يمين من ينفيه لأنها لا تؤثر في إيجابه ، وفارق البيع فإنه يفسخ بالتحالف ويرجع كل واحد منهما في ماله .

وما ادعاه مالك من أنها استأتمته لا يصح فإنها لم تجعله أميناً ، ولو كان أميناً لها لوجب أن تكون أمانة له حين لم يشهد عليها ، على أنه لا يلزم من الاختلاف عدم الأشهاد ، فقد تكون بينهما يمينه فتصوت أو تغيب أو تنسى الشهادة . إذا ثبت هذا فكل من قلنا القول قوله فهو مع يمينه لأنه اختلاف فيما يجوز بذله فتشرع فيه اليمين كسائر الدعاوى في الأموال . وحكى عن القاضي أن اليمين لا تشرع في الأحوال كلها لأنها دعوى في النكاح

(فصل) فإن ادعى أقل من مهر المثل وادعت هي أكثر منه رد إلى مهر المثل ولم يذكر أصحابنا يميناً ، والأولى أن يتحالفا ، فإن ما يقوله كل واحد منهما محتمل

للصحة فلا يعدل عنه إلا يمين من صاحبه كالمنكر في سائر الدعاوى ولأنها
تساويها في عدم الظهور فيشرح التحالف ، كما لو اختلف المتبايعان . وهذا قول
أبي حنيفة والباقون على أصولهم

(فصل)

فإن قال تزوجتك على هذا العبد ، فقالت بن على هذه الأمة ، وكانت قيمة
العبد مهر المثل أو أكثر وقيمة الأمة فوق ذلك حلف الزوج ووجب لها قيمة
العبد . لأن قوله يوافق الظاهر ، ولا تجب عين العبد لئلا يدخل في ملكها
ما ينكره . وإن كانت قيمة الأمة مهر المثل أو أقل وقيمة العبد أقل من ذلك فالقول
قول الزوجة مع يمينها . وهل تجب الأمة أو قيمتها ؟ فيه وجهان :

أحدهما تجب عين الأمة لانتا قبلنا قولها في القدر فكذلك في العين ، وليس
في ذلك ادخال ما ينكره في ملكها

والثاني : تجب لها قيمتها لأن قولها إنما وافق الظاهر في القدر لا في العين
فأوجبنا لها ما وافقت الظاهر فيه : وإن كان كل واحد منها قدر مهر المثل أو كان
العبد أقل من مهر المثل والأمة أكثر منه وجب مهر المثل إذا تخالفا ، وظاهر
قول القاضي أن اليمين لا يشرع في هذا كله

مسألة ، قال (وإن أنكر أن يكون لها عليه صداق فالقول أيضا قولها
قبل الدخول وبعده ما ادعت مهر مثلها إلا أن يأتي بينه وبره منه)

وجملة ذلك أن الزوج إذا أنكر صداق امرأته وادعت ذلك عليه فالقول
قولها فيما يوافق مهر مثلها سواء ادعى أنه وفي لها أو أبرأته منه أو قال لا تستحق
على شيئا وسواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده ، وبه قال سعيد بن جبير والشعبي
وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، وحكى
عن فقهاء المدينة السبعة أنهم قالوا : إن كان بعد الدخول فالقول قول الزوج
والدخول بالمرأة يقطع الصداق ، وبه قال مالك

قال أصحابه : إنما قال ذلك إذا كانت العادة تعجيل الصداق ، كما كان بالمدينة ، أو كان الخلاف فيما تعجل منه في العادة ، لأنها لا تسلم نفسها في العادة إلا بقبضه فكان الظاهر معه

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : اليمين على المدعى عليه ، ولأنه ادعى تسليم الحق الذي عليه فلم يقبل بغير بينة كما لو ادعى تسليم الثمن أو كما قبل الدخول

(فصل)

فإن دفع إليها ألفاً ثم اختلفا فقال دفعتها إليك صداقاً وقالت بل هبة ، فإن كان اختلافهما في نيته ، كأن قالت قصدت الهبة وقال قصدت دفع الصداق فالقول قول الزوج بلا يمين ، لأنه أعلم بما نواه ولا تطلع المرأة على نيته : وإن اختلفا في لفظه فقالت : قد قلت خذي هذا هبة أو هدية فانكر ذلك فالقول قوله مع يمينه لأنها تدعى عليه عقداً على ملكه وهو ينكره ، فاشبه ما لو ادعت عليه بيع ملكه لها ، لكن إن كان المدفوع من غير جنس الواجب عليه ، كان أصدقها دراهم فدفع إليها عوضاً ثم اختلفا وحلف أنه دفع إليها ذلك من صداقها فللمرأة رد العوض ومطالبته بصداقها .

قال أحمد في رواية الفضل بن زياد في رجل تزوج امرأة على صداق ألف فبعث إليها بقبضته متاعاً وثياباً ولم يخبرهم أنه من الصداق ، فلما دخل سأله الصداق فقال لها : قد بعثت إليك بهذا المتاع واحتسبت من الصداق ، فقالت المرأة صداق دراهم : ترد الثياب والمتاع وترجع عليه صداقها ، فهذه الرواية إذا لم يخبرهم أنه صداق : فأما إذا ادعى أنها احتسبت به من الصداق وادعت هي أنه قال هو هبة فيبني أن يحلف كل واحد منهما ويتراجعان بما لكل واحد منهما .

وحكى عن مالك أنه قال : إن كان مما جرت العادة بهديته كالشوب والخاتم فالقول قولها لأن الظاهر معها والا فالقول قوله

ولنا أنهما اختلفا في صفة انتقال ملكة إلى يدها فكان القول قول المالك ، كما لو قال أودعتك هذه العين ، قال بل وهبتها

(فصل) إذا مات الزوجان واختلف ورثتهما قام ورثة كل إنسان مقامه

إلا أن من يحلف منهم على الإثبات يحلف على البت ومن يحلف على النفي يحلف على نفي العلم لأنه يحلف على نفي فعل الغير ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة إن مات أحد الزوجين فكذلك وإن مات الزوجان فادعى ورثة المرأة التسمية فأنكرها ورثة الزوج جملة لم يحكم عليهم بشيء ، قال أصحابه إنما قال ذلك إذا تقدم العهد لأنه تعذر الرجوع إلى مهر المثل لأنه تعتبر فيه الصفات والأوقات ، وقال محمد بن الحسن يقضى بمهر المثل ، وقال زفر بعشرة دراهم لأنه أقل الصداق .
ولنا أن ما اختلف فيه المتعاقدان قام ورثتها مقامها كالمبايعين ، وما ذكره ليس بصحيح لأنه لا يسقط الحق لتقدم العقد ولا يتعذر الرجوع في ذلك كقيم سائر المتلفات .

(فصل) وإن اختلف الزوج وأبو الصغيرة والمجنونة قام الأب مقام الزوجة في اليمين لأنه يحلف على فعل نفسه ، ولأن قوله مقبول فيما اعترف به من الصداق فسمت يمينه فيه كالزوجة فإن لم يحلف حتى بلغت وعقلت فاليمين عليها دونه لأن الحق لها وإنما يحلف هو لتعذر اليمين من جهتها فإذا أمكن في حقها صارت اليمين عليها كالوصى إذا بلغ الأطفال قبل يمينه فيما يحلف فيه ، فأما البكر البالغة العاقلة فلا تسمع مخالفتها لأن الكبيرة قولها مقبول في الصداق والحق لها دونه ، وأما سائر الأولياء فليس لهم تزويج صغيرة إلا على رواية في بنت تسع وليس لهم أن يزوجوا بدون مهر المثل ولو زوجوها بدون مهر المثل ثبت مهر المثل من غير يمين فإن ادعى أنه زوجها بأكثر من مهر مثلها فاليمين على الزوج لأن القول قوله في قدر مهر المثل .

(فصل) إذا أنكر الزوج تسمية الصداق وادعى أنه تزوجها بغير صداق فإن كان بعد الدخول نظرنا فإن ادعت المرأة مهر المثل أو دونه وجب ذلك من غير يمين لأنها لو صدقته في ذلك لوجب مهر المثل فلا فائدة في الاختلاف ؛ وإن ادعت أقل من مهر المثل فهي مقرة بنقصها عما يجب لها بدعوى الزوج فيجب أن يقبل قولها بغير يمين ، وإن ادعت أكثر من مهر المثل لزمته اليمين على نفي ذلك ويجب لها مهر المثل ، وإن كان اختلافهما قبل الدخول انبنى على الروايتين فيما إذا اختلفا في قدر الصداق ، فإن قلنا القول قول الزوج فلها المتعة ، وإن قلنا القول

قول من يدعى مهر المثل قبل قولها ما ادعت مهر مثلها ، هذا اذا طلقها ، وان لم يطلقها فرض لها مهر المثل على الروايتين وكل من قلنا القول قوله فعليه البين ،

مسألة ، قال (واذا تزوجها بغير صداق لم يكن لها عليه اذا طلقها قبل الدخول الا المتعة)

وجعلته أن النكاح يصح من غير تسمية صداق في قول عامة أهل العلم ، وقد دل على هذا قول الله تعالى (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة)

وروى ، أن ابن مسعود سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقا ولم يدخل بها حتى مات فقال ابن مسعود : لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث ، فقام معقل بن سنان الاشجعي فقال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في برءوع بنت واشق امرأة منا مثل ما قضيت ، أخرجه أبو داود والترمذي ، وقال حديث حسن صحيح ، ولأن القصد من النكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق فصح من غير ذكره كالنفقة ، وسواء تركا ذكر المهر أو شرطنا فيه مثل أن يقول زوجتك بغير مهر فيقبله كذلك ؛ ولو قال زوجتك بغير مهر في الحال ولا في الثاني صح أيضا :

وقال بعض الشافعية لا يصح في هذه الصورة لأنها تكون كالموهوبة ، وليس بصحيح لأنه قد صح فيما اذا قال زوجتك بغير مهر فصح معناها لان معناها واحد وما صح في إحدى صورتين المتساويتين صح في الأخرى ، وليست كالموهوبة لان الشرط يفسد ويجب المهر ، اذا ثبت هذا فإن المروجة بغير مهر تسمى مفوضة بكسر الواو وفتحها ، فن كسر أضاف الفعل اليها على أنها فاعلة مثل مقومة ومن فتح أضافه الى وليها ومعنى التفويض الإهمال كأنها أهملت أمر المهر حيث لم تسمه ومنه قول الشاعر :

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا
يعنى مهملين والتفويض على ضربين : تفويض بضع وتفويض مهر ، فأما تفويض البضع فهو الذى ذكره الخرقى وفسرناه وهو الذى ينصرف اليه اطلاق

التفويض ، وأما تفويض المهر فهو أن يجعل الصداق الى رأى أحدهما أو رأى
أجنبي فيقول زوجتك على ماشئت أو على حكمك أو على حكمي أو حكمها أو حكم
أجنبي ونحوه فهذه لها مهر المثل في ظاهر كلام الخرقى لأنها لم تزوج نفسها الا بصداق
لكنه مجهول فسقط لجهالة ووجب مهر المثل : والتفويض الصحيح أن تاذن المرأة
الجائزة الامر لوليها في تزويجها بغير مهر أو بتفويض قدره أو بزواجها أبوها
كذلك ، فأما أن زوجها غير أبيها ولم يذكر مهرأ بغير اذنها في ذلك فإنه يجب
مهر المثل .

وقال الشافعى لا يكون التفويض الا في الصورة الاولى وقد سبق الكلام
معه في أن للآب أن يزوج ابنته بدون صداق مثابا فكذلك يجوز تفويضه ، فإذا
طلقت المفوضة البضع قبل الدخول فليس لها الا المتعة نص عليه أحمد في رواية
الجماعة وهو قول ابن عمر وابن عباس والحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبي
والزهري والنخعي والثوري والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأى ، وعن
أحمد رواية أخرى أن الواجب لها نصف مهر مثلها لانه نكاح صحيح يوجب مهر
المثل بعد الدخول فيوجب نصفه بالطلاق قبل الدخول كما لو سمى محرما .

وقال مالك والليث وابن أبي ليلى : المتعة مستحبة غير واجبة لان الله تعالى
قال (حقا على المحسنين) لمخصص بها فيدل أنها على سبيل الاحسان والتفضل ،
والاحسان ليس بواجب ، ولأنها لو كانت واجبة لم تختص المحسنين دون غيرهم .
ولنا قوله تعالى (ومنعوهم) أمر والامر يقتضى الوجوب ، وقال تعالى
(وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين) وقال تعالى (اذا نكحتم المؤمنات
ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فتموهن)
ولانه طلاق في نكاح يقتضى عوضا فلم يعز عن العوض كما لو سمى مهرأ ، وأداء
الواجب من الاحسان فلا تعارض بينهما .

(فصل) فان فرض لها بعد العقد ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف ما فرض
لها ولا متعة ، وهذا قول ابن عمر وعطاء والشعبي والنخعي والشافعى وأبي عبيد ،
وعن أحمد أن لها المتعة ويسقط المهر ، وهو قول أبي حنيفة لانه نكاح عرى عن
تسميته فوجب به المتعة كما لو لم يفرض لها .

ولنا قوله تعالى (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) ولأنه مفروض بمسقط الدخول فنصف بالطلاق قبله كالمسمى في العقد .

(فصل) ومن أوجب لها نصف المهر لم يجب لها متعة سواء كانت ممن سمي لها صداق أو لم يسم لها لكن فرض بعد العقد وهذا قال أبو حنيفة فيمن سمي لها وهو قديم قول الشافعي ، وروى عن أحمد لكل مطلقة متاع ، وروى ذلك عن علي بن أبي طالب والحسن وسعيد بن جبيرة وأبي قلابة والزهرى وقتادة والضحاك وأبي ثور لظاهر قوله تعالى (وللطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين) ولقوله تعالى لنبيه عليه السلام (قل لأزواجك - إلى قوله - فتعالين أمتعن وأسرحكن) وعلى هذه الرواية : لكل مطلقة متاع سواء كانت مفوضة أو مسمى لها ، مدخولاً بها أو غيرها لما ذكرنا ، وظاهر المذهب أن المتعة لا يجب إلا للمفوضة التي لم يدخل بها إذا طلقت ، قال أبو بكر : كل من روى عن أبي عبد الله فيما أعلم روى عنه أنه لا يحكم بالمتعة إلا لمن لم يسم لها مهر ، إلا حنبلاً فإنه روى عن أحمد أن لكل مطلقة متاعاً ، قال أبو بكر والعمل عليه عندي لولا تواتر الروايات عنه بخلافها .

ولنا قوله تعالى (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن) ثم قال (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) تلخص الأولى بالمتعة والثانية بنصف المفروض مع تقسيمه النساء قسمين وإثباته لكل قسم حكماً ، فيدل ذلك على اختصاص كل قسم بحكمه ، وهذا يخص ما ذكرناه ، ويحتمل أن يحمل الأمر بالمتاع في غير المفوضة على الاستحباب لدلالة الآيتين اللتين ذكرتهما على نفي وجوبها جمعاً بين دلالة الآيات والمعنى ، فإنه عوض واجب في عقد إذا سمي فيه عوض صحيح لم يجب غيره كسائر عقود المعاوضة ، ولأنها لا يجب لها المتعة قبل الفرق ولا ما يقوم مقامها فلم يجب لها عند الفرقه كالتوفى عنها زوجها .

(فصل) ولو طلق المسمى لها بعد الدخول أو المفوضة المفروض لها بعد الدخول فلا متعة لواحدة منهما إلا على رواية حنبل ، وقد ذكرنا ذلك وذكرنا

قول من ذهب إليه : وظاهر المذهب أنه لا متعة لواحدة منها وهو قول أبي حنيفة
والشافعي قولان كالروايتين ، وقد ذكرنا ذلك ، اذا ثبت هذا فإنه يستحب أن
يتمتعها : نص عليه أحمد فقال : أنا أوجبها على من لم يسم لها صداقا فإن كان سمى
صداقا فلا أوجبها عليه واستحب أن يتمتع وإن سمى لها صداقا وإنما استحب ذلك
لعموم النص الوارد فيها ودلالتها على إيجابها ، وقول على رضي الله عنه ومن سمينا
من الأئمة بها فلما امتنع الوجوب لدلالة الآيتين المذكورتين على نفي الوجوب
ودلالة المعنى المذكور عليه تعين حمل الأدلة الدالة عليها على الاستحباب أو
على أنه أريد به الخصوص ، وأما المتوفى عنها فلا متعة لها بالإجماع لأن النص
العام لم يتناولها وإنما يتناول المطلقات ، ولأنها أخذت العوض المسمى لها في عقد
المعاوضة فلم يجب لها به سواء كما في سائر العقود .

فصل

والمتعة تجب على كل زوج لكل زوجة مفوضة طلقت قبل الدخول
وسواء في ذلك الحر والعبد والمسلم والذمي والحررة والامة والمسدة والذمية ،
وحكى عن أبي حنيفة لا متعة للذمية ، وقال الاوزاعي ان كان الزوجان أو أحدهما
رقيقا فلا متعة .

ولنا عموم النص ولأنها قائمة مقام نصف المهر في حق من سمى لها فتجب
لكل زوجة على كل زوج كنصف المسمى ، ولأن ما يجب من العوض يستوى
فيه المسلم والكافر والحر والعبد كالمهر .

(فصل) فأما المفوضة المهر وهي التي يتزوجها على ما شاء أحدهما ، أو التي
زوجها غير أيها بغير صداق بغير اذنها ، أو التي مهرها فاسد ، فإنه يجب لها مهر
المثل ويتنصف بالطلاق قبل الدخول ، ولا متعة لها ، هذا ظاهر كلام الحرق ،
وقد صرح به في التي مهرها فاسد ، وهو مذهب الشافعي ، وعن أحمد : أن لها المتعة
دون نصف المهر كالمفوضة البضع : وهو مذهب أبي حنيفة ، لأنه خلا عقدها
من تسمية صحيحة فأشبهت التي لم يسم لها شيء .

ولنا أن هذه لها مهر واجب قبل الطلاق ، فوجب أن يتنصف كما لو سماه ؛
أو نقول : لم ترض بغير صداق فلم تجب المتعة كالمسمى لها ؛ وتفارق التي رضيت

بغير عوض ، فإنها رضىته بنفسه صدق ، وعاد بضعها سليماً فعرضت المتعة بخلاف مسألتنا .

(فصل) وكل فرقة يتنصف بها المسمى توجب المتعة إذا كانت مفوضة فما يسقط به المسمى من الفرق كاختلاف الدين والفسخ بالرضاع ونحوه إذا جاء من قبلها لا تجب به متعة لأنها أقيمت مقام نصف المسمى فسقطت في موضع يسقط كما تسقط الأبدال بما يسقط مبدلها .

(فصل) قال أبو داود : سمعت أحمد مثل عن رجل تزوج امرأة ولم يكن فرض لها مهرأ ، ثم وهب لها غلاماً ، ثم طلقها قبل الدخول ، قال : لها المتعة ، وذلك لأن الهبة لا تنقض بها المتعة كما لا ينقض بها نصف المسمى ، ولأن المتعة إنما تجب بالطلاق فلا يصح قضاؤها قبله ، ولأنها واجبة فلا تنقض بالهبة كالمسمى

، مسألة ، قال (على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فأعلاه خادم وأدناه كسوة يجوز لها أن تصلى فيها إلا أن يشاء هو أن يزيدا أو تشاء هي أن تنقصه)

وجه ذلك : أن المتعة معتبرة بحال الزوج في يساره وإعساره ، نص عليه أحمد وهو وجه لأصحاب الشافعى ، والوجه الآخر قالوا : هو معتبر بحال الزوجة لأن المهر معتبر بها ، كذلك المتعة القائمة مقامه ، ومنهم من قال : يجزىء في المتعة ما يقع عليه الإسم كما يجزىء في الصداق ذلك .

ولنا قول الله تعالى (على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) وهذا نص في أنها معتبرة بحال الزوج وأنها تختلف : ولو أجزأ ما يقع عليه الإسم سقط الاختلاف ولو اعتبر بحال المرأة لما كان على الموسع قدره وعلى المقتر قدره .

إذا ثبت هذا فاختلفت الرواية عن أحمد فيها ، فروى عنه مثل قول الخرقى أعلاها خادم ، هذا إذا كان موسراً ، وإن كان فقيراً متعباً كسوتها درعاً وخماراً وثوباً تصلى فيه ونحو ذلك قال ابن عباس والزهرى والحسن

قال ابن عباس : أعلى المتعة الخادم ثم دون ذلك النفقة ثم دون ذلك الكسوة ونحو ما ذكرنا في أدناها قال الثورى والاوزاعى وعطاء ومالك وأبو عبيد وأصحاب الرأى ، قالوا درع وخمار وملاحفة

والرواية الثانية : يرجع في تقديرها الى الحاكم ، وهو أحد قولي الشافعي ،
لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره ، وهو عما يحتاج الى الاجتهاد فيجب الرجوع فيه
إلى الحاكم كسائر المجتهدات ، وذكر القاضي في المجرد رواية ثالثة : أنها مقدرة
بما يصادف نصف مهر المثل لأنها بدل عنه فيجب أن تقدر به ، وهذه الرواية
تضعف لوجهين .

أحدهما : أن نص الكتاب يقتضي تقديرها بحال الزوج . وتقديرها بنصف
مهر المثل يوجب اعتبارها بحال المرأة لأن مهرها معتبر بها لا بزوجها
الثاني : أنا لو قدرناها بنصف المهر لكأن نصف المهر إذ ليس المهر معيناً
في شيء ولا المتعة ، ووجه قول الحرق قول ابن عباس ، أعلى المتعة الخادم ثم دون
ذلك الكسوة ، رواه أبو حفص بإسناده وقدرها بكسوة تجوز لها الصلاة فيها ،
لأن الكسوة الواجبة بمطلق الشرع تقدر بذلك كالكسوة في الكفارة والسترة
في الصلاة ، وروى كنيف السلي ، أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر
الكلبية لخمها بجارية سوداء ، يعني متعها ، قال إبراهيم النخعي : العرب تسمى
المتعة التخميم ، وهذا فيما إذا تشاحا في قدرها فإن سمح لها بزيادة على الخادم
أو رضيت بأقل من الكسوة جاز ، لأن الحق لهما لا يخرج عنهما ، وهو عما يجوز
بذلك لحاز ما اتفقا عليه كالإصداق ، وقد روى عن الحسن بن علي ، أنه متع امرأة
بعشرة آلاف درهم فقالت : متاع قليل من حبيب مفارق .

مسألة ، قال (ولو طالبت قبل الدخول أن يفرض لها أجبر على ذلك ، فإن
فرض لها مهر مثلها لم يكن لها غيره وكذلك إن فرض لها أقل منه فرضيته)

وجه ذلك : أن المفوضة لها المطالبة بفرض المهر لأن النكاح لا يتخلو من المهر
فوجب لها المطالبة ببيان قدره ، وبهذا قال الشافعي ، ولا نعلم فيه مخالفاً ، فإن اتفق
الزوجان على فرضه جاز ما فرضاه ، قليلاً كان أو كثيراً سواء كانا عالمين بمهر
المثل أو غير عالمين به .

وقال الشافعي في قول له : لا يصح الفرض لغير مهر المثل إلا مع علمها بمهر
المثل لأن ما فرضه بدل عن مهر المثل فيحتاج أن يكون المبدل معلوماً .

ولنا أنه إذا فرض لها كثيراً فقد بذل لها من ماله فوق ما يلزمه ، وإن رضيت باليسير فقد رضيت بدون ما يجب لها فلا تمنع من ذلك ، وقولهم أنه يدل غير صحيح فإن البذل غير المبدل ، والمفروض إن كان ناقصاً فهو بعضه ، وإن كان أكثر فهو الواجب وزيادة ولا يصح جعله بدلاً ولو كان بدلاً لما جاز مع العلم لأنه يدل ما فيه الربا بجنسه متفاضلاً .

وقد روى عتبة بن عامر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أترضى أنى أزوجك فلانة ؟ قال : نعم ، وقال للمرأة : أترضين أن أزوجك فلانة ؟ قالت نعم ، فزوج أحدهما صاحبه ودخل عندها ولم يفرض لها صداقاً ، فلما حضرته الوفاة قال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجنى فلانة ولم يفرض لها صداقاً ولم أعطها شيئاً ، وإنى قد أعطيتها عن صداقها سهمى بخير فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف ، فأما إن تشاحا فيه ففرض لها مهر مثلها أو أكثر منه فليس لها المطالبة بسواه فإن لم ترض به لم يستقر لها حتى ترضاه ، فإن طلقها قبل الدخول فليس لها إلا المتعة ، لأنه لا يثبت لها بفرضه ما لم ترض به كحالة الابتداء .

وإن فرض لها أقل من مهر المثل فلها المطالبة بتمامه ولا يثبت لها ما لم ترض به وإن تشاحا وارتفعاً إلى الحاكم فليس له أن يفرض لها إلا مهر المثل ، لأن الزيادة ميل عليه والنقصان ميل عليها والعدل المثل ، ولأنه إنما يفرض بدل البضع فيقدر به كالمسألة إذا تلفت فرجعا في تقويمها إلى أهل الخبرة ويعتبر معرفة مهر المثل ليتوصل إلى إمكان فرضه ، ومتى صح الفرص صار كالمسمى في العقد في أنه يتنصف بالطلاق ولا تجب المتعة معه ، وإذا فرضه الحاكم لزم ما فرضه سواء رضيته أو لم ترضه كما يلزم ما حكم به .

(فصل)

وإن فرض لها أجنبي مهر مثلها فرضيته لم يصح فرضه وكان وجوده كعدمه لأنه ليس بزواج ولا حاكم ، فإن سلم إليها ما فرضه لها فرضيته أحتمل أن لا يصح لما ذكرنا ويكون حكمها حكم من لم يفرض لها ويسترجع ما أعطاهما لأن تصرفه ما يصح ولا برئت به ذمة الزوج .

ويحتمل أن يصح لأنه يقوم مقام الزوج في قضاء المسمى فيقوم مقامه في قضاء

ما يوجب العقد غير المسمى ، فعلى هذا اذا طلقت قبل الدخول رجع نصفه الى الزوج : لانه ملكه اياه حين قضى به ديناً عليه فيعود اليه كما لو دفعه هو ، ولاصحاب الشافعى مثل هذين الوجهين وذكروا وجهاً ثالثاً : انه يرجع نصفه الى الاجنبى ، وذكره القاضى وجهاً لنا ثالثاً ، وقد ذكرنا ما يدل على صحة ما قلناه ، ولو أن رجلاً قضى المسمى عن الزوج صح ، ثم ان طلقها الزوج قبل الدخول رجع نصفه اليه ، وان فسخت نكاح نفسها بفعل من جهتها رجع جميعه اليه ، وعلى الوجه الآخر : يرجع الى من قضاه ، والله أعلم .

(فصل) ويجب المهر للمفوضة بالعقد ، وانما يسقط الى المتعة بالطلاق ، وهذا مذهب أبى حنيفة ، واختلف أصحاب الشافعى ، فمنهم من قال : الصحيح انه يجب بالعقد : وقال بعضهم لا يجب بالعقد قولاً واحداً : ولا يجىء على أصل الشافعى غير هذا لانه لو وجب بالعقد لتصرف بالطلاق كالمسمى فى العقد .

ولنا انها تملك المطالبة به ، فكان واجباً كالمسمى ، ولانه لو لم يجب بالعقد لما استقر بالموت كما فى العقد الفاسد ، ولان النكاح لا يجوز أن يخلو عن المهر والقول بعدم وجوبه يفضى الى خلوه عنه والى أن النكاح انعقد صحيحاً وملك الزوج الوطاء ولا مهر فيه وانما لم يتصرف لان الله تعالى نقل غير المسمى لها بالطلاق الى المتعة كما نقل من سمى لها الى نصف المسمى لها ، والله أعلم .

فعلى هذا لو فرض الرجل مهر أمته ثم أعتقها أو باعها ثم فرض لها المهر كان لمعتقها أو بائعها : لان المهر وجب بالعقد فى ملكه ، ولو فرضت المرأة نفسها ثم طالبت بفرض مهرها بعد تغير مهر مثلها أو دخل بها لوجب مهر مثلها حالة العقد لما ذكرناه ، ووافق أصحاب الشافعى على ذلك ، لان الوجوب يستند الى حالة العقد الا فى الامة التى أعتقها أو باعها فى أحد الوجهين .

(فصل) ويجوز الدخول بالمرأة قبل اعطائها شيئاً سواء كانت مفوضة أو مسمى لها : وبهذا قال سعيد بن المسيب والحسن والنخعى والثورى والشافعى . وروى عن ابن عباس وابن عمر والزهرى وقتادة ومالك : لا يدخل بها حتى يعطيها شيئاً ، قال الزهرى . مضت السنة أن لا يدخل بها حتى يعطيها شيئاً ، قال ابن عباس : يخلع إحدى نعليه ويلقيها إليها .

وقد روى أبو داود بإسناده عن رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ، أن عليا لما تزوج فاطمة أراد أن يدخل بها ، فمنعه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى يعطيها شيئا . فقال : يا رسول الله ، ليس لي شيء . فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : أعطها درعك . فأعطها درعه ، ثم دخل بها ، ورواه ابن عباس أيضا قال : لما تزوج علي فاطمة قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : أعطها شيئا . قال ما عندي . قال : أين درعك الخطمية ؟ ، رواه أبو داود والنسائي :

ولنا : حديث عقبة بن عامر في الذي زوجه النبي صلى الله عليه وسلم ودخل عليها ولم يعطيها شيئا ، وروى عائشة قالت : أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أدخل امرأة علي زوجها قبل أن يعطيها شيئا ، رواه ابن ماجه ، ولأنه عوض في عقد معاوضة فلم يقف جواز تسليم المعوض على قبض شيء منه كالثمن في البيع والاجرة في الاجارة ، وأما الاخبار فحمولة على الاستحباب فانه يستحب أن يعطيها قبل الدخول شيئا موافقة للأخبار ولعادة الناس فيما بينهم ولتخرج المفوضة عن شبه الموهوبة ، وليكون ذلك أقطع للخصومة . ويمكن حمل قول ابن عباس ومن وافقه على الاستحباب فلا يكون بين القولين فرق والله أعلم .

مسألة ، قال (ولو مات أحدهما قبل الاصابة وقبل الفرض ورثه صاحبه وكان لها مهر نساءها)

أما الميراث فلا خلاف فيه ، فان الله تعالى فرض لكل واحد من الزوجين فرضا ، وعقد الزوجية ههنا صحيح ثابت فورث به لدخوله في عموم النص ، وأما الصداق فانه يكمل لها مهر نساءها في الصحيح من المذهب ، واليه ذهب ابن مسعود وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وإسحاق .

وروى عن علي وابن عباس وابن عمر والزهرى وربيعة ومالك والاوزاعي لا مهر لها لانها فرقة وردت على تفويض صحيح قبل فرض وميسر فلم يجب بها مهر كفرقة الطلاق ، وقال أبو حنيفة كقولنا في المسئلة وكقواهم في الذمية ، وعن أحمد رواية أخرى : لا يكمل ويتنصف ، والشافعي قولان كالروايتين .

ولنا ما روى أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ، قضى لامرأة لم يفرض لها

زوجها صداقا ولم يدخل بها حتى مات فقال : لها صداق نسائها لا وكسر ولا شطط
وعليها العدة ولها الميراث . فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال : قضى رسول الله
صلى الله عليه وسلم في بروع ابنة واشق مثل ما قضيت ، قال الترمذي : هذا حديث
صحيح ، وهو نص في محل النزاع . ولأن الموت معنى يكمل به المسمى فكمل به مهر
المثل للمفوضة كالدخول ، وقياس الموت على الطلاق غير صحيح ، فإن الموت يتم به
النكاح فيكمل به الصداق ، والطلاق يقطعه ويزيله قبل إتمامه ولذلك وجبت العدة
بالموت قبل الدخول ولم تجب بالطلاق وكمل المسمى بالموت ولم يكمل بالطلاق .
وأما الذمية فإنها مفارقة بالموت فكمل لها الصداق كالمسلة ، أو كما لو سمي لها ،
ولأن المسلة والذمية لا يختلفان في الصداق في موضع فيجب أن لا يختلفا ههنا .
(فصل) قوله : مهر نسائها ، يعني مهر مثلها من أقاربها . وقال مالك نعتير
بمن هي في مثل كالأواما لها وشرفها ولا يختص بأقربائها ، لأن الأعراض إنما تختلف
بذلك دون الأقارب .

ولنا قوله في حديث ابن مسعود : لها مهر نسائها ، ونسائها أقاربها ، وما ذكره
فتحن بشرطه ونشترط معه أن تكون من نساء أقاربها لأنها أقرب اليهن .
وقوله لا يختلف ذلك باختلاف الأقارب لا يصح ، فإن المرأة تطلب لحسبها كما
جاء في الأثر ، وحسبها يختص به أقاربها فيزداد المهر لذلك ويقل ، وقد يكون
الحى وأهل القرية لهم عادة في الصداق ورسم مقرر لا يشاركهم فيه غيرهم ولا
يغيرونه بتغير الصفات فيكون الاعتبار بذلك دون سائر الصفات . واختلفت
الرواية عن أحمد فيمن يعتبر من أقاربها ، فقال في رواية حنبل : لها مهر مثلها من
نسائها من قبل أيها ، فاعتبرها بنساء العصباء خاصة . وهذا مذهب الشافعي .

وقال في رواية إسحاق بن هانئ : لها مهر نسائها مثل أمها أو أختها أو عمتها
أو بنت عمتها . اختاره أبو بكر ، وهو مذهب أبي حنيفة وابن أبي ليلى لأنهن من
نسائها ، والاول أولى فانه قد روى في قصة بروع ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قضى في بروع بنت واشق بمثل مهر نساء قومها ، ولأن شرف المرأة معتبر في مهرها
وشرفها بنسبها ، وأمها وخالتها لا تساويانها في نسبها فلا تساويانها في شرفها ،
وقد تكون أمها مولاة وهي شريفة ، وقد تكون أمها شريفة وهي غير شريفة ،

وينبغي أن يعتبر الأقرب فالأقرب ، فأقرب نساء عصباتها إليها أخواتها ثم عماتها ثم بنات عمها الأقرب فالأقرب ، ويعتبر أن تكون في مثل حالها في دينها وعقلها وجمالها ويسارها وبكارتها وثيوبتها وصراحة نسبها وكل ما يختلف لأجله الصداق وأن تكون من أهل بلدها لأن عادة البلاد تختلف في المهر ، وإنما اعتبرت هذه الصفات كلها لأن مهر المثل إنما هو بدل متلف — فاعتبرت الصفات المقصودة فيه فإن لم يكن في عصباتها من هو في مثل حالها فمن نساء أرحامها كأماها وجداتها وخالاتها وبناتها ، فإن لم يكن فأهل بلدها ، فإن لم يكن فنساء أقرب البلدان إليها فإن لم يوجد إلا دونها زيد لها بقدر فضيلتها وإن لم يوجد إلا خير منها نقصت بقدر نقصها .

(فصل) ولا يجب مهر المثل إلا حالاً لأنه بدل متلف ، فأشبهه قيم المتلفات ولا يكون إلا من نقد البلد لما ذكرنا ، ولا تلزم الدية لأنها لا تختلف باختلاف منافع المتلف — لأنها مقدرة بالشرع فكانت بحكم ما جعل من الحلول والتأجيل فلا يعتبر بها غيرها ولأنها عدل بها عن سائر الأبدال فيمن وجبت عليه ، وكذلك في تأجيلها تخفيفاً عنه بخلاف غيرها ، فإن كانت عادة نساءها تأجيل المهر ففيه وجهان : أحدهما يفرض حالاً لذلك ، والثاني يفرض مؤجلاً لأن مهر مثلها مؤجل وإن كان عادتهم أنهم إذا زوجوا من عشيرتهم خففوا ، وإن زوجوا غيرهم ثقلوا اعتبر ذلك ، هذا مذهب الشافعي

فإن قيل : فإذا كان مهر المثل بدل متلف يجب أن لا يختلف باختلاف المتلف — كسائر المتلفات ؟ قلنا النكاح يخالف سائر المتلفات ، فإن سائر المتلفات المقصود بها المالية خاصة فلم تختلف باختلاف المتلفين والنكاح يقصد به أعيان الزوجين فاختلف باختلافهم ، ولأن سائر المتلفات لا تختلف باختلاف العوائد والمهر يختلف بالعادات ، فإن المرأة إذا كانت من قوم عادتهم تخفيف مهور نساءهم وجب مهر المرأة منهم خفيفاً ؛ وإن كانت أفضل وأشرف من نساء من عادتهم تثقل المهر ، وعلى هذا متى كانت عادتهم التخفيف لمعنى مثل الشرف أو اليسار ونحو ذلك اعتبر جرياً على عادتهم والله أعلم

(فصل) إذا زوج السيد عبده أمته فقال القاضي : لا يجب مهر لانه لو وجب لوجب لسيدها ولا يجب للسيد على عبده مال ، وقال أبو الخطاب يجب المسمى أو مهر المثل ان لم يكن مسمى كيلا يخلو النكاح عن مهر ثم يسقط اعتذر اثباته .
وقال أبو عبد الله : إذا زوج عبده من أمته فأحب أن يكون بمهر وشهود
قيل فإن طلقها؟ قال يكون الصداق عليه إذا اعتق ، قيل فإن زوجها منه بغير مهر ؟
قال قد اختلفوا فيه فذهب جابر إلى أنه جائز .

مسألة ، قال : وإذا خلا بها بعد العقد فقال لم أطاها وصدقته لم يلتفت
إلى قولها وكان حكمها حكم الدخول في جميع أمورهما الا في الرجوع الى زوج
طلقها ثلاثا أو في الزنا فانها يجلدان ولا يرجعان (

وجملة ذلك ان الرجل إذا خلا بامرأته بعد العقد الصحيح استقر عليه مهرها
ووجبت عليها العدة وإن لم يطا ، روى ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر
وبه قال علي بن الحسين وعروة وعطاء والزهرى والاوزاعى وإسحاق وأصحاب
الرأى وهو قديم قولى الشافعى ، وقال شريح والشمي وطاوس وابن سيرين
والشافعى فى الجديد لا يستقر إلا بالوطء . وحكى ذلك عن ابن مسعود وابن عباس
وروى نحو ذلك عن أحمد ، روى عنه يعقوب بن بختان أنه قال : إذا صدقت المرأة
أنه لم يطاها لم يكمل لها الصداق وعليها العدة ، وذلك لقول الله تعالى (وإن
طلقتن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وهذه
قد طلقها قبل أن يمساها . وقال تعالى (وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض)
والإفشاء الجماع ، ولأنها مطلقة لم تمس أشبهت من لم يخل بها

ولنا إجماع الصحابة رضى الله عنه ، روى الامام أحمد والاثرم بإسنادهما عن
زرارة بن أوفى قال ، قضى الخلفاء الراشدون المديون أن من أغلق بابا أو أرغى
سترأ فقد وجب المهر ووجبت العدة ، ورواه أيضا عن الاخنف عن عمر وعلى .
وعن سفيد بن المسيب وعن زيد بن ثابت : عليها العدة ولها الصداق كاملا ، وهذه
قضايا تشتهر ولم يخالفهم أحد فى عصرهم فكان إجماعا ، ومارواه عن ابن عباس
لا يصح . قال أحمد يرويه ليث وابن القوي ، وقد رواه حنظلة خلاف مارواه

ليث ، وحنظلة أقوى من ليث ، وحديث بن مسعود منقطع قاله ابن المنذر ، ولأن التسليم المستحق وجد من جهتها فيستقر به البدل ، كما لو وطئها أو كما لو أجرت دارها أو باعها وسلتها

وأما قوله تعالى (من قبل أن تمسوهن) فيحتمل أنه كنى بالمسبب عن السبب الذي هو الخلوة بدليل ما ذكرناه . وأما قوله (وقد أفضى بعضكم الى بعض) فقد حكى عن الفراء أنه قال : الافضاء الخلوة دخل بها أو لم يدخل . وهذا صحيح فإن الافضاء مأخوذ من الفضاء وهو الخالي ، فكأنه قال وقد خلا بعضكم الى بعض . وقول الحرقى : حكمهما حكم الدخول في جميع أمورهما ، يعني في حكم ما نوطئها من تكبيل المهر وزجوب العدة ، وتحريم أختها وأربع سواها إذا طلقها حتى تنقضى عدتها وثبوت الرجعة له عليها في عدتها : وقال الثوري وأبو حنيفة : لا رجعة له عليها إذا أقر أنه لم يصبها .

ولنا قوله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك) ولأنها معتدة من نكاح صحيح لم يفسخ نكاحها ولا كل عدد طلاقها ولا طلقها بعوض فكان له عليها الرجعة كما لو أصابها ؛ ولما عليه نفقة العدة والسكنى ، لأن ذلك لمن لزوجها عليها الرجعة ولا تثبت بها الإباحة للزوج المطلق ثلاثا لقول النبي صلى الله عليه وسلم لامرأة رفاعة القرشي : أتريدين أن ترجعي الى رفاعة ؟ لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسلتك ، ولا الإحصان لأنه يعتبر لايجاب الحد ، والحدود تندأ بالشبهات ولا الغسل ، لأن موجبات الغسل خمسة وليس هذا منها . ولا يخرج به من العنة لأن العنة المجزئة عن الوطء فلا يزول الا بحقيقة الوطء ، ولا نحصل به النفقة لأنها الرجوع عما حلف عليه ، وإنما حلف على ترك الوطء ، ولأن حق المرأة لا يحصل الا بنفس الوطء . ولا تفسد به العبادات ولا تجب به الكفارة .

وأما تحريم الريبة فمن أحد أنه يحصل بالخلوة ، وقال القاضي وابن عقيل لا تحرم ، وحمل القاضي كلام أحمد على أنه حصل مع الخلوة نظر أو مباشرة فيخرج كلامه على إحدى الروايتين في أن ذلك يحرم ، والصحيح أنه لا يحرم لقول الله تعالى (فإن لم تكونوا دخلتم بها فلا جناح عليكم) والدخول كناية عن الوطء ، والنصي صريح في إباحتها بدونه فلا يجوز خلافه

« مسألة ، قال (وسواء خلا بها وهما محرمان أو صائمان أو حائض أو سائلان من هذه الأشياء) »

اختلفت الرواية عن أحد فيما إذا خلا بها وبها أو بأحدهما مانع من الوطء كالإحرام والصيام والحيض والنفاس ، أو مانع حقيقى ، كالجب والعنة أو الرتق فى المرأة فعنه أن الصداق يستقر بكل حال . وبه قال عطاء وابن أبى ليلى والثورى لعموم ما ذكرناه من الإجماع . وقال عمر فى العنين يؤجل سنة ، فإن هو غشيها وإلا أخذت الصداق كاملا وفرق بينهما وعليها العدة ، ولأن التسليم المستحق عليها قد وجد . وإنما الحيض والإحرام والرتق من غير جهتها فلا يؤثر فى المهر كما لا يؤثر فى إسقاط النفقة ، وروى أنه لا يكمل به الصداق ، وهو قول شريح وأبى ثور لأنه لا يتمكن من تسليمها فلم تستحق عليه مهرأ بمنعها كما لو منعت تسليم نفسها إليه ، يحققه أن المنع من التسليم لا فرق بين كونه من أجنبي أو من العاقد كالأجارة وعن أحمد رواية ثالثة إن كانا صائمين صوم رمضان لم يكمل الصداق فإن كان غيره كمل ، قال أبو داود : وسمعت أحمد سئل عن رجل دخل على أهله وهما صائمان فى غير رمضان فأغلق الباب وأرخى الستر ؟ قال : وجب الصداق . قيل لأحمد : ف شهر رمضان ؟ قال : شهر رمضان خلاف هذا ، قيل له فكان مسافرا فى رمضان قال هذا مفطر يعنى وجب الصداق ، وهذا يدل على أنه متى كان المانع متأكدا كالأحرام وصوم رمضان لم يكمل الصداق .

وقال القاضى : إن كان المانع لا يمنع دواعى الوطء كالجب والعنة والرتق والمرض والحيض والنفاس وجب الصداق وإن كان يمنع دواعيه كالأحرام وصيام الفرض فعلى روايتين ، وقال أبو حنيفة : إن كان المانع من جهتها لم يستقر الصداق وإن كان من جهته صيام فرض أو إحرام لم يستقر الصداق ، وإن كان جبا أو عنة كمل الصداق لأن المانع من جهته وذلك لا يمنع وجود التسليم المستحق منها فيكمل حقها كما يلزم الصغير نفقة امرأته إذا سلبت نفسها إليه .

(فصل) وإن خلا بها وهى صغيرة لا يمكن وطؤها أو كانت كبيرة فنعتة نفسها أو كان أعمى فلم يعلم بدخولها عليه لم يكمل صداقها ، نص عليه أحمد فى

المكفوف ينزول المرأة فأدخلت عليه فارخى السر وأغلق الباب ، فإن كان لا يعلم بدخولها عليه فلها نصف الصداق ، وأوما إلى أنها إذا نشرت عليه أو منعتة نفسها لا يكمل صداقها ؛ وذكره ابن حامد ، وذلك لأنه لم يوجد التمكن من جهتها فأشبه ما لو لم يخل بها وكذلك أن خلا بها وهو طفل لا يتمكن من الوطء لم يكمل الصداق لأنه في معنى الصغيرة في عدم اتتمكن من الوطء .

فصل

والخلوة في النكاح الفاسد لا يجب بها شيء من المهر لأن الصداق لم يجب بالعقد وإنما يوجه الوطء ولم يوجد ولذلك لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول فأشبه ذلك الخلوة بالاجتبية ، وقد روى عن أحمد ما يدل على أن الخلوة فيه كالخلوة في الصحيح لأن الابتداء بالخلوة فيه كالاتداء بذلك في النكاح الصحيح فيقرر به المهر كالصحيح ، والاول أولى

فصل فإن استمتع بامرأته بمباشرة فيما دون الفرج من غير خلوة كالقبلة ونحوها فالمنصوص عن أحمد أنه يكمل به الصداق فإنه قال : إذا أخذها نفسها وقبض عليها من غير أن يخلو بها لها الصداق كاملا إذا نال منها شيئا لا يخل لغيره ، وقال في رواية منها : إذا تزوج امرأة ونظر إليها وهي عريانة فغسل أو جب عليه المهر ، ورواه عن إبراهيم : إذا اطلع منها على ما يحرم على غيره فعليه المهر لأنه نوع استمتاع فهو كالقبلة . قال القاضي يحتمل أن هذا يبنى على ثبوت تحريم المصاهرة بذلك وفيه روايتان فيكون في تكميل الصداق به وجهان .

أحدهما : يكمل به الصداق لما روى الدارقطني عن محمد بن عبد الرحمن ابن ثوبان قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، من كشف خمار امرأة ونظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل ، ولأنه مسيس فيدخل في قوله من قبل أن تمسوهن ، ولأنه استمتاع بامرأته فكمل به الصداق كالوطء .

والوجه الآخر : لا يكمل به الصداق وهو قول أكثر الفقهاء لأن قوله تعالى (تمسوهن) إنما أريد به في الظاهر الجماع ومقتضى قوله (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن) أن لا يكمل الصداق لغير من وطئها ، ولا تجب عليها العدة ترك

عمومه فيمن خلا بها للإجماع الوارد عن الصحابة فيبقى فيما عداه على مقتضى العموم .
(فصل) اذا دفع زوجته فأذهب عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فليس عليه
الا نصف صداقها ، وقال أبو يوسف ومحمد . عليه الصداق كاملا لانه اذا ذهب
عذرتها في نكاح صحيح فكان عليه المهر كاملا كما لو وطئها .

ولنا قول الله تعالى (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن
فريضة فنصف ما فرضتم) وهذه مطلقة قبل المسيس فأشبه ما لو لم يدفعها ،
ولانه أتلف ما يستحق اتلافه بالعقد فلم يضمه لغيره كما لو أتلف عذرة أمته ،
ويخرج أن يجب لها الصداق كاملا ، لان أحد قال : ان فعل ذلك أجنبي عليه
الصداق فقيما اذا فعله الزوج أولى فإن ما يجب به الصداق ابتداء أحق بتقرير المهر
ونص أحد فيمن أخذ امرأته وقبض عليها وفيمن نظر اليها وهي عريانة عليه
الصداق كاملا فهذا أولى .

(فصل)

وان دفع امرأة أجنبية فأذهب عذرتها أو فعل ذلك بأصبه أو غيرها
فقال أحد . لها صداق نسائها ، وقال ان تزوج امرأة عذراء فدفعها هو وأخوه
فأذهب عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فعلى الزوج نصف الصداق وعلى الاخ نصف
العقد ، وروى نحو ذلك عن علي وابنه الحسن وعبد الله بن معقل وعبد الملك بن مروان
وقال الشافعي ليس عليه الا أرش بكارتها لانه اتلاف جزء لم يرد الشرع بتقدير
عوضه فرجع في دية الى الحكومة كسائر ما لم يقدر : ولانه اذا لم يكمل به الصداق
في حق الزوج ففي حق الاجني أولى .

ولنا ما روى سعيد قال حدثنا هشيم حدثنا مغيرة عن ابراهيم ، ان رجلا
كانت عنده يتيمة تخافت امرأته أن يتزوجها فاستعانت بنسوة فضبطنها لها فأفسدت
عذرتها وقالت لزوجها ، انها فجرت ، فأخبر عليا رضي الله عنه بذلك ، فأرسل
على الى امرأته والنسوة فلما أتينه لم يلبثن أن اعترفن بما صنعن ، فقال للحسن
ابن علي اقض فيها يا حسن ، فقال الحد على من قذفها والعقر عليها وعلى المسكات ،
فقال علي : لو كلفت الابل طحنا لطحنت وما يطحن يومئذ بعير ، وقال حدثنا هشيم

قال حدثنا إسماعيل بن سالم حدثنا الشعبي ، أن جوارى أربعا قالت إحداهن هي رجل وقالت الاخرى هي امرأة وقالت الثالثة هي أبو التي زعمت أنها رجل وقالت الرابعة هي أبو التي زعمت أنها امرأة فخطبت التي زعمت أنها أبو الرجل الى التي زعمت أنها أبو المرأة فزوجوها إياها ، فعمدت اليها فأفسدتها بأصبعها ، فرغ ذلك إلى عبد الملك بن مروان فجعل الصداق بينهما أربعا ، وألغى حصة التي أمكنت من نفسها ، فبلغ عبد الله بن معقل فقال لو وليت أنا لجعلت الصداق على التي أفسدت الجارية وحدها ، وهذه قصص تنتشر فلم تنكر فكانت إجماعا ، ولأن إقلاف العنزة مستحق بعقد النكاح فإذا ألقفه أجنبي وجب المهر كنفقة البضع .

مسألة ، قال : والزوج هو الذي يده عقدة النكاح فإذا طلق قبل الدخول فأبها عفا لصاحبه عما وجب له من المهر وهو جائز الأمر في ماله برى . منه صاحبه)

اختلف أهل العلم في الذي يده عقدة النكاح ، فظاهر مذهب أحمد رحمه الله أنه الزوج روى ذلك عن علي وابن عباس وجبير بن مطعم رضي الله عنهم ، وبه قال سعيد بن المسيب وشریح وسعيد بن جبیر ونافع بن جبیر ونافع مولى ابن عمر ومجاهد وإياس بن معاوية وجابر بن زيد وابن سيرين والشعبي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد ، وعن أحمد أنه الولي إذا كان أبا الصغيرة وهو الشافعي القديم إذا كان أبا أو جدا ، وحكى عن ابن عباس وعلقمة والحسن وطائوس والزهرى وربيعه ومالك : أنه الولي لأن الولي بعد الطلاق هو الذي يده عقدة النكاح لكونها قد خرجت عن يد الزوج ، ولأن الله تعالى ذكر عفو النساء عن نصيبهن فينبغي أن يكون عفو الذي يده عقدة النكاح عنه ليكون المعفو عنه في الموضعين واحدا ، ولأن الله تعالى بدأ بخطاب الأزواج على المواجهة بقوله (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن — ثم قال — أو يعفو الذي يده عقدة النكاح) وهذا خطاب غير حاضر .

ولنا ما روى الدارقطني بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ، ولي المقدة الزوج ، ولأن الذي يده عقدة النكاح بعد العقد هو الزوج فإنه يتمكن من قطعه وفسخه وإمساكه وليس إلى الولي منه

شيء. ولأن الله تعالى قال : (وأن تعفو أقرب للتقوى) والعفو الذي هو أقرب إلى التقوى هو عفو الزوج عن حقه ، أما عفو الولي عن مال المرأة فليس هو أقرب إلى التقوى ، ولأن المهر مال للزوجة فلا يملك الولي هبته وإسقاطه كغيره من أموالها وحقوقها وكسائر الأولياء ولا يتمتع العدول عن خطاب الحاضر إلى خطاب الغائب كقوله تعالى (حتى إذا كنتم في الفلك وجرين بهم بريح طيبة) وقال تعالى (قل أطيعوا الله وأطيعوا الرسول فإن تولوا فإنما عليه ما حمل وعليكم ما حملتم) فعلى هذا متى طلق الزوج قبل الدخول تنصف المهر بينهما ، فإن عفا الزوج لها عن النصف الذي له كمل لها الصداق جميعه ، وإن عفت المرأة عن النصف الذي لها منه وتركت له جميع الصداق جاز : إذا كان العاقب منهما رشيداً جائزاً تصرفه في ماله ، وإن كان صغيراً أو سفياً لم يصح عفو له لأنه ليس له التصرف في ماله هبة ولا إسقاط ، ولا يصح عفو الولي عن صداق الزوجة أبا كان أو غيره صغيرة كانت أو كبيرة ، نص عليه أحمد في رواية الجماعة وروى عنه ابن منصور : إذا طلق امرأته وهي بكر قبل أن يدخل بها فعفا أبوها أو زوجها ما أرى عفو الأب إلا جائزاً ، قال أبو حفص ما أرى ما نقله ابن منصور إلا قولاً لأبي عبد الله قديماً ، وظاهر قول أبي حفص : أن المسألة رواية واحدة ، وأن أبا عبد الله رجع عن قوله بجواز عفو الأب ، وهو الصحيح لأن مذهبه أنه لا يجوز للأب إسقاط ديون ولده الصغير ولا اعتاق عبيده ولا تصرفه له إلا بما فيه مصلحته ولا حظ لها في هذا الإسقاط فلا يصح ، وإن قلنا برواية ابن منصور لم يصح إلا بخمس شرائط : أن يكون أبا لأنه الذي يلي مالها ولا يتهم عليها .

الثاني : أن تكون صغيرة ليكون ولياً على مالها فإن الكبيرة تلي مال نفسها .

الثالث : أن تكون بكر لتكون غير مبتذلة ، ولأنه لا يملك تزويج الثيب وإن كانت صغيرة فلا تكون ولايته عليها تامة .

الرابع : أن تكون مطلقة لأنها قبل الطلاق معرضة لإتلاف البضع .

الخامس : أن تكون قبل الدخول لأن ما بعده قد أتلف البضع ، فلا يعفو عن بدل متلف ومذهب الشافعي على نحو من هذا إلا أنه يجعل الجد كالاب .

(فصل) ولو بانت امرأة الصغير أو السفية أو المجنون على وجه يسقط صداقها عنهم مثل أن تفعل امرأته ما يفسخ به نكاحها من رضاع من يفسخ نكاحها برضاعه أو ردة أو بصفة لطلاق من السفية أو رضاع من أجنبية لمن يفسخ نكاحها برضاعه أو نحو ذلك لم يكن لوليهم العفو عن شيء من الصداق رواية واحدة ، وكذلك لا يجوز عند الشافعي قولاً واحداً ، والفرق بينهم وبين الصغير أن ولها أكسبها المهر بتزويجها وههنا لم يكسبه شيئاً إنما رجع المهر إليه بالفرقة .

(فصل) وإذا عفت المرأة عن صداقها الذي لها على زوجها أو عن بعضه أو وهبته له بعد قبضه وهي جائزة الأمر في ما لها جاز ذلك وصح ، ولا نعلم فيه خلافاً لقول الله تعالى (إلا أن يعفون) يعني الزوجات وقال تعالى (فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً) .

قال أحمد في رواية المروذي : ليس شيء قال الله تعالى (فكلوه هنيئاً مريئاً) سماه غير المهر تبه المرأة للزوج ، وقال علقمة لامرأته هبتي لي من الهنيء المرىء يعني من صداقها ، وهل لها الرجوع فيما وهبت زوجها ؟ فيه عن أحمد روايتان واختلاف بين أهل العلم ذكرناه فيما مضى .

فصل

إذا طلقت قبل الدخول وتنصف المهر بينهما لم يخل من أن يكون ديناً أو عينا فإن كان ديناً لم يخل أما أن يكون ديناً في ذمة الزوج لم يسلمه إليها أو في ذمتها بأن تكون قد قبضته ونصرفت فيه أو تلف في يدها وأيهما كان فإن للذي له الدين أن يعفو عن حقه منه بأن يقول عفوت عن حق من الصداق أو أسقطته أو أبرأتك منه أو ملكتك إياه أو وهبتك أو أحللتك منه أو أنت منه في حل أو تركته لك وأي ذلك قال سقط به المهر وبريء منه الآخر .

وان لم يقبله لأنه إسقاط حق فلم يفتقر إلى قبول كإسقاط القصاص والشفعة والعق والطلاق ولذلك صح إبراء الميت مع عدم القبول منه ولو رد ذلك لم يرد وبريء منه لما ذكرناه ؛ وإن أحب العفو من الصداق في ذمته لم يصح العفو لأنه إن كان في ذمة الزوج فقد سقط عنه بالطلاق ، وإن كان في ذمة الزوجة فلا يثبت في ذمتها إلا النصف الذي يستحقه الزوج .

وأما النصف الذي لها فهو حقها تصرف فيه فلم يثبت في ذمتها منه شيء ولأن الجميع كان ملكا لها تصرف فيه، وإنما يتجدد ملك الزوج للنصف بطلاقه فلا يثبت في ذمتها غير ذلك، وإيهما أراد تكميل الصداق لصاحبه فإنه يجدد له هبة مبتدأة وأما إن كان الصداق عينا في يد أحدهما فعفا الذي هو في يده للآخر فهو هبة له تصح بلفظ العفو والهبة والتملك ولا تصح بلفظ الإبراء والاستقاط، ويفتقر إلى القبض فيما يشترط القبض فيه، وإن عفا غير الذي هو في يده صح بهذه الألفاظ وافترق إلى مضي زمن يتأق القبض فيه إن كان الموهوب عما يفترق إلى القبض.

(فصل)

إذا أصدق امرأته عينا فوهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها فعن أحد فيه روايتان . إحداهما : يرجع عليها بنصف قيمتها وهو اختيار أبي بكر وأحد قولي الشافعي لأنها عادت إلى الزوج بعقد مستأنف فلا تمنع استحقاقها بالطلاق كما لو عادت إليه بالبيع أو وهبتها لأجنبي ثم وهبتها له .

والرواية الثانية : لا يرجع عليها ، وهو قول مالك والمزني وأحد قولي الشافعي وهو قول أبي حنيفة إلا أن يزيد العين أو تنقص ثم تهبها له لأن الصداق عاد إليه ولو لم تهبه لم يرجع بشيء . وعقد الهبة لا يقتضي ضمانا ولأن نصف الصداق تعجل له بالهبة ، فإن كان الصداق ديناً فأبرأته منه ؛ فإن قلنا لا يرجع ثم فهنا أولى ؛ وإن قلنا يرجع ثم خرج منها وجهان :

أحدهما : لا يرجع لأن الإبراء اسقاط حق وليس بتمليك كتمليك الأعيان ولهذا لا يفترق إلى قبول ، ولو شهد شاهدان على رجل بدين فأبرأه مستحقه ثم رجع الشاهدان لم يغرما شيئا ولو كان قبضه منه ثم وهبه له ثم رجع الشاهدان غرما والثاني : يرجع لأنه عاد إليه بغير الطلاق فهو كالعين والإبراء بمنزلة الهبة ولهذا يصح بلفظها ، وإن قبضت الدين منه ثم وهبته له ثم طلقها فهو كهبه العين لأنه تعين يقبضه .

وقال أبو حنيفة يرجع منها لأن الصداق قد استوفته كله ثم تصرف فيه فوجب الرجوع عليها كما لو وهبته أجنيا ، ويحتمل أن لا يرجع لأنه عاد إليه ما أصدقها فاشبه مالو كان عينا فقبضتها ثم وهبتها أو وهبته العين أو أبرأته من الدين ثم فسخت

الكاح بفعل من جهتها كإسلامها أو ردتها أو إرضاعها لمن ينسخ نكاحها برضاها
فلى الرجوع بجميع الصداق عليها روايتان كما في الرجوع بالنصف سواء .

(فصل) وان أصدقها عبداً فوهبته نصفه ثم طلقها قبل الدخول انبنى ذلك
على الروايتين ، فإن قلنا اذا وهبته الكل لم يرجع بشئ . يرجع ههنا في ربه ، وعلى
الرواية الأخرى يرجع في النصف الباقي كله لأنه وجدته بعينه ، وبهذا قال
أبو يوسف ومحمد والمزني .

وقال أبو حنيفة : لا يرجع بشئ . لأن النصف حصل في يده فقد استعجل حقه
وقال الشافعي في أحد أقواله كقولنا . والثاني : له نصف النصف الباقي ونصف
قيمة الموهوب ، والثالث : يتخير بين هذا وبين الرجوع بقيمة النصف .

ولنا أنه وجد نصف ما أصدقها بعينه فاشبه ما لو لم تنبه شيئاً

(فصل)

فإن خالع امرأته بنصف صداقها قبل دخوله بها صح وصار الصداق كله له ،
نصفه بالطلاق ونصفه بالخلع ، ويحتمل أن يصير له ثلاثة أرباعه لأنه اذا خالعا
بنصفه مع علمه أن النصف يسقط عنه صار خالعا بنصف النصف الذي يبقى لها
فيصير له النصف بالطلاق والرابع بالخلع ، وان خالعا بمثل نصف الصداق في ذمتها
صح وسقط جميع الصداق نصفه بالطلاق ونصفه بالمقاصة بما في ذمتها له من عوض
الخلع ، ولو قالت له اخلعني بما تسلم لي من صداقي ففعل صح وبرئ . من جميع الصداق
وكذلك ان قالت اخلعني على أن لا تبعه عليك في المهر صح وسقط جميعه عنه ،
وان خالعت بمثل جميع الصداق في ذمتها صح ويرجع عليها بنصفه لأنه يسقط نصفه
بالمقاصة بالنصف الذي لها عليه ويسقط عنه النصف بالطلاق يبقى له عليها
النصف . وان خالعت بصداقها كله فكذلك في أحد الوجهين : وفي الآخر
لا يرجع عليها بشئ . لأنه لا خالعا به مع علمه بسقوط نصفه بالطلاق كان خالعا
لها بنصفه ويسقط عنه بالطلاق نصفه ولا يبقى لها شيء .

(فصل) واذا أبرأت المفوضة من المهر صح قبل الدخول وبعده وسواء في
ذلك مفوضة البضع ومفوضة المهر ، وكذلك من سمي لها مهر فاسد كالخمر والمجهول

لأن المهر واجب في هذه المواضع وإنما جعل قدره ، والبرائة من المجهول صحيحة لأنها اسقاط فصحت في المجهول كالطلاق .

وقال الشافعي : لا تصح البرائة في شيء من هذا لأن المفوضة لم يجب لها مهر فلا يصح الإبراء عما لم يجب ، وغيرها مهرها مجهول والبرائة من المجهول لا تصح إلا أن تقول أبرأتك من درهم إلى ألف فيبرأ من مهرها إذا كان دون الألف وقد دللنا على وجوبه فيما مضى فيصح الإبراء منه كما لو قالت أبرأتك من درهم إلى ألف ، وإذا أبرأت المفوضة ثم طلقت قبل الدخول .

فإن قلنا لا يرجع إلى المسمى أها لم يرجع ههنا ، وإن قلنا يرجع ثم احتمل أن لا يرجع ههنا لأن المهر كله سقط بالطلاق ووجب المتعة بالطلاق ابتداء ، ويحتمل أن يرجع لأنه عاد إليه مهرها بسبب غير الطلاق وبكم يرجع ؟ يحتمل أن يرجع بنصف مهر المثل لأنه الذي وجب بالعقد فهو كنصف المفروض ، ويحتمل أن يرجع بنصف المتعة لأنها التي تجب بالطلاق فأشبهت المسمى .

(فصل) وإن أبرأت المفوضة من نصف صداقها ثم طلقها قبل الدخول فلا متعة أها لأن المتعة قائمة مقام نصف الصداق وقد أبرأت منه نصار كما لو قبضته - ويحتمل أن يجب أها نصف المتعة إذا قلنا إن الزوج لا يرجع عليها بشيء إذا أبرأت من جميع صداقها .

(فصل)

ولو باع رجلاً عبداً بآلة فأبرأه البائع من الثمن أو قبضه ثم وهبه إياه ثم وجد المشتري بالعبد عيباً فهل له رد المبيع والمطالبة بالثمن أو أخذ أرش العيب مع أمساكه على وجهين بناء على الروايتين في الصداق إذا وهبته المرأة لزوجها ثم طلقها قبل الدخول ، وإن كانت بخالها فوهب المشتري العبد للبائع ثم أفلس المشتري والثن في ذمته فللبائع أن يضرب بالثن مع الغرماء وجهاً واحداً لأن الثمن ما عاد إلى البائع منه شيء ولذلك كان يجب أدائه إليه قبل أفلس بخلاف التي قبلها ، ولو كان عبداً ثم أسقط عنه مال الكتابة برى وعق ولم يرجع على سيده بالقدر الذي كان يجب على السيد أن يؤتيه إياه ، وكذلك لو أسقط عنه القدر الذي يلزمه إيتاؤه إياه واستوفى الباقي لم يلزمه أن يؤتيه شيئاً لأن إسقاطه عنه يقوم مقام الابتاء وخرجه

بعض أصحابنا على وجهين بناء على الروايتين في الصداق، ولا يصح لأن المرأة أسقطت الصداق الواجب لها قبل وجود سبب استحقاق الزوج عليها نصفه، وههنا أسقط السيد عن المكاتب ما وجد سبب إيتائه إياه فكان إسقاطه مقام إيتائه، واحذالو قبضه السيد منه ثم آتاه إياه لم يرجع بشيء، ولو قبضت المرأة صداقها ووهبته لزوجها ثم طلقها قبل الدخول لرجع عليها فاقترقا.

(فصل) ولا يبرأ الزوج من الصداق إلا بتسليمه إلى من يتسلم مالها فإن كانت رشيدة لم يبرأ إلا بالتسليم إليها أو إلى وكيلها ولا يبرأ بالتسليم إلى أبيها ولا إلى غيره، بكرأ كانت أو ثيبا.

قال أحمد: إذا أخذ مهر ابنته وانكرت فذاك لها ترجع على زوجها بالمهر ويرجع الزوج على أبيها، فقيل له أليس قال النبي صلى الله عليه وسلم: أنت ومالك لأبيك؟ قال نعم، ولكن هذا لم يأخذ منها إنما أخذ من زوجها، وهذا مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة: له قبض صداق البكر دون الثيب لأن ذلك العادة ولأن البكر تستحي فقام أبوها مقامها كما قام مقامها في تزويجها.

ولنا أنها رشيدة فلم يكن لغيرها قبض صداقها كالثيب أو عوض ملكته وهي رشيدة فلم يكن لغيرها قبضه بغير إذنها كضمن مبيعها وأجر دارها وإن كانت غير رشيدة سلمه إلى وليها في مالها من أبيها أو وصيه أو الحاكم لأنه من جملة أموالها فهو كضمن مبيعها وأجر دارها.

مسألة، قال (وليس عليه دفع نفقة زوجته إذا كان مثلاً لا يوطأ أو منع منها بغير عذر فإن كان المنع من قبله لزمته النفقة)

وجملة ذلك: أن المرأة إذا كانت لا يوطأ مثلاً لصغرها فطلب وإيها تسليمها والاتفاق عليها لم يجب ذلك على الزوج لأن النفقة في مقابلة الاستمتاع وهذا تسقط بالنشوز وهذه لا يمكنه الاستمتاع بها، وإن كانت كبيرة فنفته نفسها أو منعها أو لياؤها فلا نفقة لها أيضاً لأنها في معنى الناشز لكونها لم تسلم الواجب عليها فلا يجب تسليم ما في مقابله من الاتفاق، وكل موضع لزمته النفقة لزمه تسليم الصداق إذا طوّل به.

فأما الموضع الذي لا تلزمه نفقتها فيه كالصغير والمأنة نفسها فقال أبو عبد الله ابن حامد يجب تسليم الصداق . وهو قول الشافعي ، لأن المهر في مقابلة ملك البضع وقد ملكه ، بخلاف النفقة فإنها في مقابلة التمكن . ورد قوم هذا وقالوا المهر قد ملكته في مقابلة ما ملكه من نضعها ، فليس لها المطالبة بالاستيفاء إلا عند إمكان الزوج استيفاء العوض

فصل ١

وإمكان الوطء في الصغيرة معتبر بحالها واحتمالها لذلك ، قاله القاضي وذكر أنهم يختلفون فقد تكون صغيرة السن تصلح وكبيرة لا تصلح ، وحده أحد بتسع سنين فقال في رواية أبي الحارث في الصغيرة يطلبها زوجها : فإن أتى عليها تسع سنين دفعت إليه ، ليس لهم أن يجبروها بعد التسع . وذهب في ذلك إلى أن النبي صلى الله عليه وسلم بنى بعائشة وهي ابنة تسع .

قال القاضي : وهذا عدى ليس على طريق التحديد ، وإنما ذكره لأن الغالب أن ابنة تسع يتمكن من الاستمتاع بها ، فتى كانت لا تصلح للوطء لم يجب على أهلها تسليمها إليه . وإن ذكر أنه يحضنها ويربها وله من يخدمها لأنه لا يملك الاستمتاع بها وليست له بمحل ولا يؤمن شره نفسه إلى موافقتها فيفضها أو يقتلها ، وإن طلب أهلها دفعها إليه فامتنع فله ذلك ولا تلزمه نفقتها لأنه لا يمكن من استيفاء حقه منها : وإن كانت كبيرة إلا أنها مريضة مرضاً مرجو الزوال لم يلزمها تسليم نفسها قبل برئها لأنه مانع مرجو الزوال فهو كالصغير ، ولأن العادة لم تجر بزف المريضة إلى زوجها ، والتسليم في العقد يجب على حسب العرف ، فإن سلمت نفسها فتسلّمها الزوج فعليه نفقتها لأن المرض عارض يعرض ويتكرر فيشق إسقاط النفقة به لجرى مجرى الحيض ، ولهذا لو مرضت بعد تسليمها لم تسقط نفقتها ، وإن امتنع من تسليمها فله ذلك ولا تلزمه نفقتها ، لأنه لما لم يجب تسليمها إليه لم يجب عليه تسليمها كالصغيرة : ولأن العادة لم تجر بتسليمها على هذه الصفة .

وقال القاضي : يلزمه تسليمها وإن امتنع فعليه نفقتها لما ذكرنا من أنه عارض لا يمكن التحرز منه ويتكرر فأشبهه الحيض . فأما أن كان المرض غير مرجو الزوال

لزم تسليمها الى الزوج اذا طلبها ولزمه تسليمها اذا عرضت عليه لانها ليست لها حالة يرجى زوال ذلك فيها فلو لم تسلّم نفسها لم يفد التزويج فائدة وله أن يستمتع بها ، فان كانت نضوة الخلق وهو جسيم تخاف على نفسها الافضاء من عظم خلقه فلها منعه من جماعها وله الاستمتاع بها فيما دون الفرج وعليه نفقتها ولا يثبت له خيار المسخ ، لان هذه يمكن الاستمتاع بها لغيره . وإنما امتناع الاستمتاع لمعنى فيه وهو عظم خلقه بخلاف الرتقاء ، وان طلب تسليمها اليه وهي حائض احتمل أن لا يجب ذلك لأنه خلاف العادة ، فأشبه المرض المرجو الزوال ، واحتمل وجوب التسليم لأنه يزول قريباً ولا يمنع من الاستمتاع بما دون الفرج ، فإذا طلب ذلك لم يجز منعه منه كما لم يجز لها منعه منه بعد تسليمها ، وان عرضت عليه فأبأها حتى تطهر فعلى قول القاضى يلزمه تسليمها ونفقتها ان امتنع منه ، وبخروج على ما ذكرنا أن لا يلزمه ذلك كالمرض المرجو الزوال

(فصل)

فإن منعت نفسها حتى تسلّم صداقها وكان حالها ذلك . قال ابن المنذر : وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن للمرأة ان تمتنع من دخول الزوج عليها حتى يعطيها مهرها . وإن قال الزوج لا أسلم اليها الصداق حتى أتسلمها أجبر الزوج على تسليم الصداق أولاً ثم يجبر هي على تسليم نفسها . ومذهب الشافعى فى هذا على نحو مذهبه فى البيع .

ولنا أن فى إجبارها على تسليم نفسها أولاً خطر إتلاف البضع والامتناع من بذل الصداق فلا يمكن الرجوع فى البضع بخلاف المبيع الذى يجبر على تسليمه قبل تسليم ثمنه ، فإذا تقرر هذا فلها النفقة ما امتنعت لذلك ، وان كان معسراً بالصداق لان امتناعها بحق ؛ وان كان الصداق مؤجلاً فليس لها منع نفسها قبل قبضه لان رضاها بتأجيله رضى بتسليم نفسها قبل قبضه ، كالتن المؤجل فى البيع ، فان حل المؤجل قبل تسليم نفسها لم يكن لها منع نفسها أيضاً لان التسليم قد وجب عليها واستقر قبل قبضه فلم يكن لها أن تمتنع منه . وإن كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً فلها منع نفسها قبل قبض العاجل دون الآجل ، وان كان الكل حالاً فلها منع

نفسها على ما ذكرنا ، فإن سلبت نفسها قبل قبضة ثم أرادت منع نفسها حتى تقبضه فقد توقف أحد عن الخواب فيها ، وذهب أبو عبد الله بن بطة وأبو اسحاق بن شاقلا الى أنها ليس لها ذلك ، وهو قول مالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد ، لأن التسليم استقر به العوض برضى المسلم فلم يكن لها أن تمتنع منه بعد ذلك كما لو سلم البائع المبيع . وذهب أبو عبد الله بن حامد الى أن لها ذلك ، وهو مذهب أبي حنيفة لأنه تسليم يوجب عليها عقد النكاح فملكك أن تمتنع منه قبل قبض صداقها كالاول ، فأما ان وطئها مكرهة لم يسقط به حقها من الامتناع لأنه حصل بغير رضاها كالمبيع اذا أخذه المشتري من البائع كرها

وان أخذت الصداق فوجدته معيبا فلما منع نفسها حتى يبدله أو يعطيها أرشه لأن صداقها صحيح ، وان لم تعلم عيبه حتى سلبت نفسها خرج على الوجهين فيما اذا سلبت نفسها قبل قبض صداقها ثم بدا لها أن تمتنع ، وكل موضع قلنا لها الامتناع من تسليم نفسها فلما السفر بغير اذن الزوج لأنه لم يثبت للزوج عليها حق الحبس فصارت كمن لا زوج لها ، ولو بقى منه درهم كان كبقاء جميعه لأن كل من ثبت له الحبس بجميع البدل ثبت له الحبس ببعضه كسائر الديون

(فصل)

وان أعسر الزوج بالمهر الحال قبل الدخول فلما الفسخ لأنه تعذر الوصول الى عوض العقد قبل تسليم المعوض فكان لها الفسخ ، كما لو أعسر المشتري بالثمن قبل تسليم المبيع ، وان أعسر بعد الدخول فعلى وجهين مبنيين على منع نفسها ، فإن قلنا لها منع نفسها بعد الدخول فلما الفسخ كما قبل الدخول ، وان قلنا ليس لها منع نفسها فليس لها الفسخ كما لو أفلس بدين لها آخر ولا يجوز الفسخ إلا بحكم الحاكم لأنه مجتهد فيه

• مسألة ، قال (وإذا تزوجها على صداقين سر وعلانية أخذ بالعلانية ، وان كان السر قد انعقد به النكاح)

ظاهر كلام الحرقى أن الرجل اذا تزوج المرأة في السر بمهر ثم عقد عليها في

العلانية بمهر آخر أنه يؤخذ بالعلانية ، وهذا ظاهر قول أحد في رواية الأثرم ، وهو قول الشعبي وابن أبي ليلى والثوري وأبي عبيد .

وقال القاضي : الواجب المهر الذي انعقد به النكاح سراً كان أو علانية . وحمل كلام أحمد والخرقى على أن المرأة لم تقر بنكاح السر فيثبت مهر العلانية لأنه الذي ثبت به النكاح ، وهذا قول سعيد بن عبد العزيز وأبي حنيفة والأوزاعي والشافعي ونحوه عن شريح والحسن والزهرى ، والحكم بن عيينة ، ومالك وإسحاق لأن العلانية ليس بعقد ولا يتعلق به وجوب شيء ، ووجه قول الخرقى : أنه إذا عقد في الظاهر عقدا بعد عقد السر ، فقد وجد منه بذل الزائد على مهر السر فيجب ذلك عليه كما لو زادها على صداقها ، ومقتضى ما ذكرنا من التعليل لكلام الخرقى : أنه إن كان مهر السر أكثر من العلانية ، وجب مهر السر ، لأنه وجب عليه بعقده ولم تسقطه العلانية بقي وجوبه . فأما إن اتفقا على أن المهر ألف وأنهما يفقدان العقد بالفين تجملا ففعل ذلك ، فالمر الفان ، لأنها تسمية صحيحة في عقد صحيح فوجب كما لو لم يتقدما اتفاقا على خلافها ، وهذا أيضاً قول القاضي ومذهب الشافعي ، ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون السر من جنس العلانية نحو أن يكون السر ألفاً والعلانية ألفين ، أو يكونا من جنسين مثل أن يكون السر مائة درهم والعلانية مائة دينار .

وإذا قلنا إن الواجب مهر العلانية فيستحب للمرأة أن تقي للزوج بما وعدت به وشرطته على نفسها من أنها لا تأخذ إلا مهر السر .

قال أحمد في رواية ابن منصور : إذا تزوج امرأة في السر بمهر وأعلنوا مهرأ ينبغي لهم أن يفوا ويؤخذ بالعلانية ، فاستحب الوفاء بالشرط لئلا يحصل منهم غرور ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «المؤمنون على شروطهم» ، وعلى قول القاضي : إذا ادعى الزوج عقدا في السر انعقد به النكاح فيه مهر قليل قصد فيه فليس لها سواه ، وإن أنكرته فالقول قولها لأنها منكرة ، وإن أقرت به وقالت بها مهران في نكاحين ، وقال بل نكاح واحد أسررتاه ثم أظهرتاه فالقول قولها ، لأن الظاهر أن الثاني عقد صحيح يفيد حكماً كالاول ، ولها المهر في العقد الثاني

ونصف المهر في العقد الأول إن ادعى سقوط نصفه بالطلاق قبل الدخول، وإن أصر على الإنكار سئلت المرأة فإن ادعت أنه دخل بها في النكاح الأول ثم طلقها طلاقاً بائناً ثم نكحها نكاحاً ثانياً حلفت على ذلك واستحقت، وإن أقرت بما يسقط نصف المهر أو جميعه لزمها ما أقرت به .

(فصل)

إذا تزوج أربع نسوة في عقد واحد بمهر واحد، مثل أن يكون لهن ولى واحد كبنات الأعمام أو مولات لمولى واحد، أو من ليس لهن ولى فزوجهن الحاكم، أو كان لهن أولياء فوكلوا وكيلاً واحداً فعقد نكاحهن مع رجل قبله فالنكاح صحيح والمهر صحيح، وبهذا قال أبو حنيفة، وهو أشهر قولى الشافعى، والقول الثانى أن المهر فاسد ويجب مهر المثل، لأن ما يجب لكل واحدة منهن من المهر غير معلوم .

ولنا أن الفرض في الجملة معلوم فلا يفسد لجهالة في التفصيل، كما لو اشترى أربعة أعبد من رجل بثمان واحد، وكذلك الصبرة بثمان واحد، وهو لا يعلم قدر قفزانها . إذا ثبت هذا فإن الصداق يقسم بينهن على قدر مهرهن في قول القاضى وابن حامد، وهو قول أبى حنيفة وصاحبيه والشافعى .

وقال أبو بكر يقسم بينهن بالسوية لأنه أضافه اليهن إضافة واحدة فكان بينهن بالسوية، كما لو وهبه لهن أو أقر به لهن، وكما لو اشترى جماعة ثوباً بثمان مختلفة ثم باعوه مائة أو مساومة فكان الثمن بينهم بالسواء : وإن اختلفت رسوم أموالهم، ولأن القول بتقسيمه يفضى الى جهالة العوض لكل واحدة منهن، وذلك يفسده .

ولنا أن الصفقة اشتملت على سببين مختلفى القيمة فوجب تقسيم العوض عليهما بالقيمة، كما لو باع شقصاً وسيفاً، أو كما لو ابتاع عبيدين فوجد أحدهما حراً أو مفضوباً، وقد نص أحد فيمن ابتاع عبيدين فإذا أحدهما حر أنه يرجع بقيمته من الثمن، وكذلك نص فيمن تزوج على جاريتين فإذا إحداها حرة أنه يرجع بقيمة الحرة، ولو اشترى عبيدين فوجد أحدهما معيباً فردده لرجع بقسطه من الثمن، وما ذكره من المسألة غير مسلم له وإن سلم فالقيمة ثم واحدة بخلاف ما ألتنا .

وأما الهبة والإقرار فليس فيهما قيمة يرجع إليها وتقسم الهبة عليها ، بخلاف مسألتنا ، وافضاؤه الى جهالة التفصيل لا يمنع الصحة إذا كان معلوم الجملة ، ويتفرع عن هذه المسألة إذا خالع امرأتين بغرض واحد : أو كاتب عبيداً بعرض واحد أنه يصح مع الخلاف فيه ، ويقسم العرض في الخلع على قدر المهرين ، وفي الكتابة على قدر قيمة العبيد ، وعلى قول أبي بكر : يقسم بالسوية في المسألتين .

(فصل) وإذا تزوج امرأتين بصداق واحد ، واحداهما ممن لا يصح العقد عليها لكونها محرمة عليه أو غير ذلك ، وقلنا بصحة النكاح في الأخرى فلها بحصتها من المسمى ، وبه قال الشافعي على قول وأبو يوسف ، وقال أبو حنيفة : المسمى كله للتي يصح نكاحها ، لأن العقد الفاسد لا يتعلق به حكم بحال ، فصار كأنه تزوجها ، والحائض بالمسمى .

ولنا أنه عقد على عتین احداهما لا يجوز العقد عليها ، فلزمه في الأخرى بحصتها ، كما لو باع عبده وأم ولده ، وما ذكروه ليس بصحيح ، فإن المرأة في مقابلة نكاحها مهر بخلاف الحائض .

(فصل) فإن جمع بين نكاح وبيع فقال : زوجتك ابنتي ، وبعتك دارى هذه بألف ، صح ، ويقسط الألف على صداقها وقيمة الدار ، وإن قال : زوجتك ابنتي واشتريت منك عبدك هذا بألف ، فقال : بعته وقبلت النكاح ، صح ويقسط الألف على العبد ومهر المثل ، وقال الشافعي في أحد قولي : لا يصح البيع والمهر لا فضائه الى الجهالة .

ولنا أنهما عقدان يصح كل واحد منهما منفرداً ، فصح جمعهما ، كما لو باع ثوبين ، فإن قال : زوجتك ولك هذا الألف بألفين ، لم يصح المهر لأنه كسالة مد عجوة .

(فصل) وإن تزوجها على ألف إن كان أبوها حياً ، وعلى ألفين إن كان أبوها ميتاً فالتسمية فاسدة ولها صداق نساها ، نص عليه أحمد في رواية منها ، لأن حال الأب غير معلومة فيكون مجهولاً ، وإن قال : تزوجتك على ألف إن لم أخرجك من دارك ، وعلى ألفين إن أخرجتك منها ، أو على ألف إن لم يكن لي امرأة وعلى ألفين إن كانت لي امرأة ، فنص أحمد على صحة التسمية في هاتين المسألتين .

وقال القاضي وأبو بكر : في الجميع روايتان . إحداهما . لا يصح ، واختاره أبو بكر لأن سبيله سبيل الشرطين فلم يحز كالبيع . والرواية الثانية . يصح لأن ألفا معلوم وإنما جعل الثاني وهو معلوم على شرط . فإن وحده الشرط كان زيادة في الصداق والصداق يجوز الزيادة فيه ، والأولى أولى . والقول بأن هذا تعيق على شرط لا يصح لوجهين .

أحدهما : أن الزيادة لا يصح تعليقها على شرط . فلو قال : إن مات أبوك ، فقد زدتك في صداقك ألفا لم تصح ولم تلزم الزيادة عند موت الأب . والثاني : أن الشرط ههنا لم يتجدد في قوله . إن كان لي زوجة ، أو إن كان أبوك ميتاً . ولا الذي جعل ألف في معلوم الوجود ليكون الألف الثاني زيادة عليه . ويمكن الفرق بين المسألة التي نصر أحد على إبطال التسمية فيها ، وبين التي نصر على الصحة فيها بأن الصفة التي جعل الزيادة فيها ليس للمرأة فيها غرض يصح بذل العرض فيه . وهو كون أيها ميتاً بخلاف المسألتين اللتين صححت التسمية فيهما ، فإن خلو المرأة من ضرة تعيرها وتقاومها وتضييق عليها من أكبر أغراضها ، وكذلك إقرارها في دارها بين أهلها وفي وطنها . فلذلك خففت صداقها لتحصيل غرضها وثقلته عند فواته . فعلى هذا يمتنع قياس إحدى الصورتين على الأخرى . ولا يكون في كل مسألة إلا رواية واحدة ، وهي الصحة في المسألتين الأخريتين ، والبطلان في المسألة الأولى . وما جاء من المسائل الخلق بأشبهها به .

(فصل) وإن تزوجها على طلاق امرأة له أخرى لم تصح التسمية ، ولها مهر مثاها ، وهذا اختيار أبي بكر وقول أكثر الفقهاء : لأن هذا ليس بمال وإنما قال الله تعالى (إن تنفخوا بأموالكم) ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفي ما في صحتها ولتنكح ، فإنما لها ما قدر لها ، صحيح . وروى عبد الله ابن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا يحل لرجل أن ينكح امرأة بطلاق أخرى ، ولأن هذا لا يصلح تمنا في بيع ولا أجراً في إجارة ، فلم يصح صداقاً كالمناقع المحرمة ، فعلى هذا يكون حكمه حكم ما لو أصدقها خيراً ، ونحوه يكون لها مهر المثل أو نصفه إن طلقها قبل الدخول أو المتعة عند من يوجبها في التسمية الفاسدة .

وعن أحمد رواية أخرى : أن التسمية صحيحة ، لأنه شرط فعلا لها فيه فصح وقائدة لما يحصل لها من الراحة بطلاقها من مقاسمتها وضررها والغيرة منها فصح صداقا ، كعتق أبيها وحياطة قيمتها . ولهذا صح بذل الموضع في طلاقها بالخلع . فعلى هذا إن لم يطلق ضررتها فلها مثل صداق الضررة . لأنه سمي لها صداقا لم تصل إليه فكان لها قيمته ، كما لو أصدقها عبداً فخرج حراً . ويحتمل أن لها مهر مثلها ، لأن الطلاق لا قيمة له . وإن جعل صداقها أن غلاق ضررتها إليها إلى سنة فلم تطلقها ، فقال أحمد : إذا تزوج امرأة وحل طلاق الأولى مهر الأخرى إلى سنة أو إلى وقت فجاء الوقت ولم تقص شيئا رجع الأمر إليه . فقد أسقط أحمد حقها لأنه جعلها لها إلى وقت . فإذا مضى الوقت ولم تقص فيه شيئا ، بطل تصرفها كالوكيل . وهل يسقط حقها من المهر ؟ فيه وجهان ذكرهما أبو بكر .

أحدهما : يسقط . لأنها تركت ما شرط لها باختيارها فسقط حقها كما لو تزوجها على عبد فاعتقه .

والثاني : لا يسقط لأنها أخرجت استيفاء حقها فلا يسقط كما لو أجلت قبض ذراعتها ، وهل ترجع إلى مهر مثلها أو إلى مهر الأخرى ؟ يحتمل وجهين :

(فصل في الزيادة في الصداق بعد العقد تلحق به نص عليه أحمد ، قال : في الرجل يتزوج المرأة على مهر فلما رآها زادها في مهرها فهو جائز ، فإن طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق الأول والذي زادها ، وهذا قول أبي حنيفة . وقال الشافعي لا تلحق الزيادة بالعقد فإن زادها فهي مبهمة تفترق إلى شروط الهبة . وإن طلقها بعد هبتها لم يرجع بشيء من الزيادة ، قال القاضي وعن أحمد مثل ذلك . فانه قال : إذا زوج رجل أمته ثم اعتقها جميعاً فقالت الأمة زدني في مهرى حتى اختارك فالزيادة للأمة . ولو لحقت بالعقد كانت الزيادة للسيد . وليس هذا دليلاً على أن الزيادة لا تلحق بالعقد فإن معنى لحوق الزيادة بالعقد أنها تلزم ويثبت فيها أحكام الصداق من التنصيف بالطلاق قبل الدخول وغيره . وليس معناه أن الملك يثبت فيها قبل وجودها وأنها تكون للسيد . واحتج الشافعي بأن الزوج ملك الموضع بالمسمى في العقد فلم يحصل بالزيادة شيء .

من المعقود عليه فلا تكون عوضا في النكاح كما لو وهبها شيئا ، ولأنها زيادة في عوض العقد بعد لزومه فلم يلحق به كما في البيع .

ولنا قول الله تعالى (ولا جناح عليكم فيما تراضيتُم به من بعد الفريضة) ولأن ما بعد العقد زمن لفرض المهر فكان حالة الزيادة كحالة العقد ، وبهذا فارق البيع والإجارة ، وقولهم أنه لم يملك به شيئا من المعقود عليه ، قلنا : هذا يبطل بجميع الصداق فإن الملك ما حصل به ولهذا صح خلوه عنه ، وهذا ألزم عندم فإنهم قالوا مهر المفوضة إنما وجب بفرضه لا بالعقد ، وقد ملك البضع بدونه ثم أنه يجوز أن يستند ثبوت هذه الزيادة الى حالة العقد فيكون كأنه ثبت بهما جميعا كما قالوا في مهر المفوضة إذا فرضه وكما قلنا جميعا فيما إذا فرض لها أكثر من مهر مثلاً ، إذا ثبت هذا فإن معنى لحوق الزيادة بالعقد أنه يثبت لها حكم المسمى في العقد في أنها تنصف بالطلاق ولا تقتصر الى شروط العدة ، وليس معناه أن الملك يثبت فيها من حين العقد ، ولأنما تثبت لمن كان الصداق له لأن الملك لا يجوز تقدمه على سببه ولا وجوده في حال عدمه ؛ وإنما يثبت الملك بعد سببه من حينئذ ، وقال القاضى في الزيادة وجه آخر ، أنما تسقط بالطلاق ، ولا أعرف وجه ذلك فإن من جعلها صداقاً جعلها تستقر بالدخول وتنصف بالطلاق قبله وتسقط كما إذا جاء الفسخ من قبل المرأة ، ومن جعلها هبة جعلها جميعها للمرأة لا تنصف بطلاقها إلا أن تكون غير مقبوضة ، فإنها تسقط لكونها عدة غير لازمة فإن كان القاضى أراد ذلك فهذا وجه والا فلا .

مسألة ، قال (فإذا أصدقها غنما فتوالت ثم طلقها قبل الدخول كانت الأولاد لها ورجع بنصف الامهات إلا أن تكون الولادة نقصتها فيكون غيراً بين أن يأخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها أو يأخذ نصفها ناقصة)

قد ذكرنا أن المهر يدخل في ملك المرأة بمجرد العقد فإذا زاد فالزيادة لها وإن نقص فعليها ، وإذا كانت غنما فولدت فالأولاد زيادة منفصلة تنفرد بها دونه لأنه نماء ملكها ويرجع في نصف الامهات ان لم تكن نقصت ولا زادت زيادة

متصلة لانه نصف ما فرض لها ، وقد قال الله تعالى (وان طلقتموهن من قبل أن
تسروهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وان كانت نقصت بالولادة
أو بغير ما فله الخيار بين أخذ نصفها ناقصا لانه راض بدون حقه وبين أخذ نصف
قيمتها وقت ما أصدقا ما لان ضمان النقص عليها ، وبهذا قال الشافعي ؛ وقال
أبو حنيفة لا يرجع في نصف الاصل ؛ وانما يرجع في نصف القيمة لانه
لا يجوز فسخ العقد في الاصل دون النماء لانه موجب العقد فلم يجوز رجوعه في
الاصل بدونه .

ولنا أن هذا نماء منفصل عن الصداق فلم يمنع رجوع الزوج كما لو انفصل
قبل القبض ، وما ذكره فقير صحيح لان الطلاق ليس برفع للعقد ولا النماء من
موجبات العقد انما هو من موجبات الملك ، اذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الولادة
قبل تسليمه اليها أو بعده الا أن يكون قد منعها قبضه فيكون النقص من ضمانه
والزيادة اما فتفرديا بالاولاد ؛ وان نقصت الامهات خيرت بين أخذ نصفها ناقصة
وبين أخذ نصف قيمتها أكثر ما كانت من يوم أصدقاها الى يوم طلقها ، وان
أراد الزوج أخذ نصف قيمة الامهات من المرأة لم يكن له ذلك ، وقال أبو حنيفة
اذا ولدت في يد الزوج ثم طلقها قبل الدخول يرجع في نصف الاولاد أيضا لان
الولد دخل في التسليم المستحق بالعقد لان حق التسليم تعلق بالام فسرى الى الولد
كحق الاستيلاد ؛ وما دخل في التسليم المستحق يتنصف باطلاق كالذي
دخل في العقد .

ولنا قول الله تعالى (فنصف ما فرضتم) وما فرض هنا الا الامهات
فلا يتنصف سواها ، ولان الولد حدث في ملكها فأشبهه ما حدث في يدها
ولا يشبه حق التسليم حق الاستيلاد فان حق الاستيلاد يسرى وحق التسليم
لا سبابة له فان تلف في يد الزوج وكانت المرأة قد طالبت به فتنهها ضمنه كالفاسب
والا لم ضمنه لانه تبع لأمه .

(فصل) والحكم في الصداق اذا كان جارية كالحكم في الغنم ، فاذا ولدت
كان الولد اما كولد الغنم الا أنه ليس له الرجوع في نصف الاصل لانه يفضى

إلى التفريق بين الأم وولدها في بعض الزمان ، وكذا لا يجوز التفريق بينها وبين ولدها في جميع الزمان لا يجوز في بعضه يرجع أيضا في نصف قيمتها وقت ما أصدقها لا غير .

(فصل)

وإن كان الصداق بهيمة حائلا فحملت فالحمل فيها زيادة متصلة إن بذلتها له زيادتها لزمه قبولها ، وليس ذلك معدوداً نقصاً ولذلك لا يرد به المبيع ، وإن كان أمة فحملت فقد زادت من وجه لأجل ولدها ونقصت من وجه لأن الحمل في النساء نقص لحروف التلف عليها حين الولادة ولهذا يرد بها المبيع ، فحينئذ لا يلزمها بذلها لأجل الزيادة ولا يلزمه قبولها لأجل النقص وله نصف قيمتها ، وإن اتفقا على تصفيفها جاز ، وإن أصدقها حاملا فولدت فقد أصدقها عتيق الجارية وولدها وزاد الولد في ملكها فإن طلقها فرضيت ببذل النصف من الأم والولد جميعاً أجبر على قبولهما لأنها زيادة غير متميزة ، وإن لم تبذله لم يحز له الرجوع في نصف الولد لزيادته ولا في نصف الأم لما فيه من التفرقة بينها وبين ولدها ، ويرجع بنصف قيمة الأم ، وفي نصف الولد وجهان

أحدهما : لا يستحق نصف قيمته لانه حالة العقد لا قيمة له وحالة الانفصال قد زاد في ملكها فلا يقوم الزوج بزيادته ، ويفارق ولد المهرور فإن وقت الانفصال وقت الحيلولة فلمذا قوم فيها بخلاف مسألتنا .

والثاني : له نصف قيمته لانه أصدقها عتيق فلا يرجع في أحدهما دون الأخرى ويقوم حالة الانفصال لأنها أول حالة امكان تقويمه : وفي المسألة وجه آخر : وهو أن الحمل لا حكم له فيكون كأنه حادث .

(فصل) إذا كان الصداق مكيلا أو موزونا فنقص في يد الزوج قبل تسليمه إليها أو كان غير المكيل والموزون فتمتعها أن تتسلمه فالتقص عليه لانه من ضمانه وتخير المرأة بين أخذ نصفه ناقصا مع أرش النقص وبين أخذ نصف قيمته أكثر ما كانت من يوم أصدقها الى يوم طلقها ، لانه أن زاد فلها ، وإن نقص فعليه فهو بمنزلة الغاصب ، ولا يضمن زيادة القيمة لتغير الاسعار لأنها ليست من ضمان الغاصب فهنا أولى .

مسألة ، قال (وإذا أصدقها أرضاً قبلتها داراً أو ثوباً فصيفته ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها إلا أن يشاء أن يعطيها نصف قيمة البناء أو الصبغ فيسكون له النصف أو تشاء هي أن تعطيه زائداً فلا يكون له غيره)

إنما كان له نصف القيمة لأنه قد صار في الأرض والثوب زيادة للمرأة وهي البناء والصبغ ؛ فإن دعت إليه نصف الجميع زائداً فعليه قبوله لأنه حقه وزيادة ، وإن بذل لها نصف قيمة البناء والصبغ ويكون له النصف فقال الحنفى : له ذلك ، قال القاضى : هذا محمول على أنهما تراضيا بذلك لأنها تجبر على قبوله لأن بيع البناء معاوضة فلا تجبر المرأة عليها

والمصحيح أنها تجبر لأن الأرض حصلت له وفيها بناء لغيره فإذا بدل القيمة لزم الآخر قبوله كالشفيع إذا أخذ الأرض بعد بناء المشتري فيها فبذل الشفيع قيمته لزم المشتري قبولها ، وكذلك إذا رجع المعير في أرضه وفيها بناء أو غرس للمستعير فبذل المعير قيمة ذلك لزم المستعير قبولها

فصل (إذا أصدقها نخلاً حائلاً قائمته في يده فالثمرة لها لأنها ثمار ملكها فإن جذها بعد تناضها وجعلها في ظروف وألقى عليها صفراً من صفرها وهو سيلان الرطب بغير طبخ ، وهذا يفعله أهل الحجاز حفظاً لوطوبتها لم يخل من ثلاثة أحوال أحدها : أن لا تنقص قيمة الثمرة والصفير بل كانا بحالهما أو زاداً فإنه يرد لها عليها ولا شيء عليه .

الثانى : أن تنقص قيمتهما وذلك على ضربين . أحدهما : أن يكون نقصهما متناهياً فإنه يدفعهما إليها وأرضن نقصهما لأنه تعدى بما فعله من ذلك ، والضرب الثانى أن لا يتناهى بل يتزايد فقيه وجهان . أحدهما : أنها تأخذ قيمتها لأنها كالمستهلكة والثانى . هي بخيرة بين ذلك وبين تركها حتى يستقر نقصها وتأخذها وأرضنها كالمعصوب منه ، الحال الثالث . أن لا تنقص قيمتها لكن أن أخرجها من ظروفها نقصت قيمتها فللزوجة إخراجها وأخذ ظروفها إن كانت الظروف ملكة وإذا نقصت فالحكم على ما ذكرناه ، وإن قال الزوج أنا أعطيكها مع ظروفها فقال القاضى

يلزمها قبولها لأن ظروفها كالتصله بها التابعة لها ، ويحتمل أن لا يلزمها قبولها
لأن الظروف عين ماله فلا يلزمها قبولها كالتفصل عنها .

(فصل) فإن كانت بحالها إلا أن الصفر المتروك على الثمرة ملك الزوج فإنه
ينزع الصفر ويرد الثمرة والحكم فيها أن نقصت أو لم تنقص كالتى قبلها ، فإن قال
أنا أسلمها مع الصفر والظروف ، فعلى الوجهين اللذين ذكرناهما وفي الموضع الذى
حكنا أن له رده إذا قالت أنا أرد الثمرة وآخذ الأصل فلها ذلك فى أحد الوجهين
والآخر ليس لها ذلك مبدئياً على تفريق الصفقة فى البيع ، وقد ذكرناها فى موضعها

فصل

إذا كان الصداق جارية فوطئها الزوج عالماً بزوال ملكه وتحريم الوطء عليه
فعليه الحد لأنه وطئ فى غير ملكه وعليه المهر لسيدتها أكرهها أو طأوعته لأن
المهر لمولاتها فلا يسقط بذلها ومطأوعتها كالأبى بذلت يدها للقطع ، والوالد رقيق^١
للرأة وإن اعتقد أن ملكه لم يزل عن جميعها أو غير طام بتحريمها عليه فلا حد
عليه للشبهة وعليه المهر والولد حر لاحق نسب به وعليه قيمته يوم ولادته ولا تصير
أم ولد له ، وإن ملكها بعد ذلك لأنه لا ملك له فيها ، وتخير المرأة بين أخذها فى
حال حملها وبين أخذ قيمتها لأنه نقصها بأجلها ، وهل لها الأرض مع ذلك ؟ يحتمل
أن لها الأرض لأنها نقصت بعدوانه ، أشبه مالهون نقصها الغاصب بذلك ، وقال بعض
أصحاب الشافعى فى الأرض ههنا قولان ، وقال بعضهم ينبغى أن يكون لها المطالبة
بالأرض قولاً واحداً لأن النقص حصل بفعله الذى تعدى به فهو كالغاصب وكألو
طالبته فنع تسليمها وهذا أصح .

(فصل) إذا أصدق ذى ذمية خيراً فتخلت فى يدها ثم طلقها قبل الدخول
تحتمل أن لا يرجع عليها بشئ لأنها قد زادت فى يدها بالتخلل والزيادة لها ، وإن
أراد الرجوع بنصف قيمتها قبل التخلل فلا قيمة لها وإنما يرجع إذا زادت فى
نصف قيمتها أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض وحيث لا قيمة لها ،
وإن تخلت فى يد الزوج ثم طلقها فلها نصفها لأن الزيادة لها ، ويحتمل أن يكون
الحلل له وعليه نصف مهر مثلها إذا ترافعا البنا قبل القبض أو أسلمها أو أحدهما

(فصل) إذا تزوج امرأة فضمن أبوه نفقتها عشر سنين صح ، ذكره أبو بكر
لأن أكثر ما فيه أنه ضمان مجهول أو ضمان مالم يجب وكلاهما صحيح ولا فرق بين
كون الزوج موسراً أو معسراً ، واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال كقولنا :
ومنهم من قال لا يصح إلا ضمان نفقة المعسر لأن غير المعسر يتغير حاله فيكون
عليه نفقة الموسر أو المتوسط فيكون ضمان مجهول والمعسر معلوم ماعليه ، ومنهم
من قال لا يصح أصلاً لأنه ضمان مالم يجب .

ولنا أن الحبل لا يمنع صحة الضمان بدليل صحة ضمان نفقة المعسر مع احتمال
أن يموت أحدهما فتسقط النفقة ومع ذلك صح الضمان فكذلك هذا .

(فصل)

ويجب المهر للنكحة نكاحاً صحيحاً والموطوءة في نكاح فاسد ، والموطوءة
بشبهة بغير خلاف نعليه ، ويجب للكرهة على الزنا ، وعن أحمد رواية أخرى :
أنه لا مهر لها إن كانت ثيباً ، واختاره أبو بكر ، ولا يجب مع ذلك أرش البكارة
وذكر القاضي أن أحمد قد قال في رواية أبي طالب في حق الأجنبية إذا أكرمها
على الزنا وهي بكر فعليه المهر وأرش البكارة ، وهذا قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة
لا مهر للكرهة على الزنا .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : قلها المهر بما استحل من فرجها ، وهذا
حجة على أبي حنيفة فإن المكره مستحل لفرجها فإن الاستحلال الفعل في غير
موضع الحل كقوله عليه السلام : ما آمن بالقرآن من استحل محارمه ، وهو
حجة على من أوجب الأرش لكونه أوجب المهر وحده من غير أرش ولأنه
استوفى ما يجب بدله بالشبهة ، وفي العقد الفاسد كرمها فوجب بدله كاتلاف المال
وأكل طعام الغير .

ولنا على أنه لا يجب الأرش : أنه وطء ضمن بالمهر فلم يجب معه أرش كسائر
الوطء ، يحققه أن المهر بدل المنفعة المستوفاة بالوطء وبدل المتلف لا يختلف بكونه
في عقد فاسد وكونه تمحض عدواناً ولأن الأرش يدخل في المهر لكون الواجب
لها مهر المثل ، ومهر البكر يزيد على مهر الثيب ببيكارتها فكانت الزيادة في المهر
مقابلة لما أتلف من البكارة فلا يجب عوضها مرة ثانية ، يحققه أنه إذا أخذ أرش

البكارة مرة لم يحز أخذه مرة أخرى فتصير كأنها معدومة فلا يجب لها إلا مهر ثيب ومهر الثيب مع أرش البكارة هو مهر مثل البكر فلا تجوز الزيادة عليه . والله أعلم (فصل) ولا فرق بين كون الموطوءة اجنبية أو من ذوات محاربه وهو اختيار أبي بكر ومذهب النخعي ومكحول وأبي حنيفة والشافعي . وعن أحمد رواية أخرى أن ذوات محاربه من النساء لا مهر لهن ، وهو قول الشافعي لأن تحريمهن تحريم اصل فلا يستحق به مهر كاللواط وفارق من حرمت تحريم المصاهرة فإن تحريمها طارئ . وكذلك ينبغي أن يكون الحكم فيمن حرمت بالرضاع لأنه طارئ أيضا ، وعن أحمد رواية أخرى : أن من تحرم ابنتها لا مهر لها كالأم والابنة والأخت ، ومن نحل ابنتها كالعمة والحالة فلها المهر لأن تحريمها اخف

ولنا أن ما ضمن للأجنبي ضمن للناسب كاللأمة ومهر الأمة ولأنه اتلف منفعة بضمها بالوطء فلزمه مهرها كالأجنبية ، ولأنه محل مضمون على غيره فوجب عليه ضمانه كاللأمة ، وهذا فارق اللواط فإنه ليس بمضمون على أحد

(فصل)

ولا يجب المهر بالوطء في الدبر ولا اللواط لأن الشرع لم يرد بدله ولا هو إتلاف شيء ، فأشبه القبله والوطء دون الفرج ولا يجب للمطوعة على الزنا لأنها باذلة لما يجب بدله لها فلم يجب لها شيء كالأخت له في قطع يدها فقطعها إلا أن تكون أمة فيكون المهر لسيدتها ولا يسقط بذلها لأن الحق لغيرها فأشبه ما لو بذلت قطع يدها .

(فصل) ولو طلق امرأته قبل الدخول طلقة وظن أنها لا تبين بها فوطئها لزمه مهر المثل ونصف المسمى ، وقال مالك لا يلزمه إلا مهر واحد . ولنا . أن المفروض ينصف بطلاقه بقوله سبحانه (فنصف ما فرضتم) ووطؤه بعد ذلك عرى من العقد فوجب به مهر المثل كما لو علم أو كغيرها أو كالأخت وغيرها .

(فصل) ومن ذكأها باطل بالإجماع كالزوجة والمعتدة إذا نكحها رجل فوطئها عالما بالحال . وتحريم الوطء . وهي مطاوعة عالمة فلا مهر لها لأنه زنا يوجب

الحمد ، وهي مطبوعة عليه . وإن جهلت تحريم ذلك أو كونها في العدة فالمهر لها لأثمة وطء شبهة .

وقد روى أبو داود بإسناده ، أن رجلا يقال له نصر بن أكرم تكع امرأة فولدت لأربعة أشهر . فجعل النبي صلى الله عليه وسلم لها الصداق ، وفي لفظ قال ، الصداق بما استحلت من فرجها ، فإذا ولدت فاجلدوها ،

وروى سعيد في سننه عن عمران بن كثير ، أن عبد الله بن الحر تزوج جارية من قومه يقال لها الدرداء ، فانطلق عبيد الله فلاحق بمعاوية ، ومات أبو الجارية فزوجها أهلها رجلا يقال له عكرمة ، فبلغ ذلك عبيد الله فقدم نخاصمهم إلى علي رضي الله عنه فقصوا عليه قصتهم فرد عليه المرأة - وكانت حاملا من عكرمة - فوضعت على يد عدل ، فقالت المرأة لعلي أنا أحق بمالي أو عبيد الله ؟ قال بل أنت أحق بمالك ، قالت فاشهدوا أن ما كان لي على عكرمة من صداق فهو له ، فلما وضعت ما في بطنها ردها على عبيد الله بن الحر وألحق الولد بآبيه :

(فصل)

والصداق إذا كان في الذمة فهو دين إذا مات من هو عليه وعليه دين سواء قسم ماله بينهم بالخصص . قال أحمد في مريض تزوج في مرضه وعليه دين ومات : ما ترك بين الغرماء والمرأة بالخصص وذلك لأن نكاح المريض صحيح والصداق دين فتساوى سائر الديون

(فصل) وكل فرقة كانت قبل الدخول من قبل المرأة ، مثل إسلامها أو ردها أو إرضاعها من ينسخ النكاح بإرضاعه أو إرضاعها وهي صغيرة أو فسخت لإعساره أو عيبه أو اعتقها تحت عبد أو فسخه بغيره فإنه يسقط به مهرها ولا يجب لها منعة لأنها أتلفت المعوض قبل تسليمه فسقط البدل كله كالبايع يتلف المبيع قبل تسليمه ، وإن كانت بسبب الزوج كطلاقه وخلعه وإسلامه ورده أو جاءت من أجنبي كالرضاع أو وطء ينسخ به النكاح سقط نصف المهر ووجب نصفه أو المتعة لغير من سمى لها ، ثم يرجع الزوج على من فسح النكاح إذا جاء

الفسخ من قبل أجنبي . وإن قتلت المرأة استقر المهر جميعه لأنها فرقة حصلت بالموت وانتهاء النكاح فلا يسقط بها المهر ، كما لو ماتت حتف أنفها : سواء قتلها زوجها أو أجنبي أو قتلت نفسها أو قتل الامة سيدها ، وإن طلق الحاكم على الزوج في الإيلاء فهو كطلاقه لأنه قام مقامه في إيفاء الحق عليه عند امتناعه منه ، وفي فرقة اللعان روايتان :

احداهما : هي كطلاقه لأن سبب اللعان قذفه الصادر منه
والثانية : يسقط به مهرها لأن الفسخ عقيب لعانها فهو كفسخها لعنته ، وفي فرقة شرائها لزوجها أيضا روايتان :

احداهما : يتنصف بها مهرها لأن البيع الموجب للفسخ تم بالسيد القائم مقام الزوج وبالمراة فاشبه الخلع

والثانية : يسقط المهر لأن الفسخ وجد عقيب قبولها ، فاشبه فسخها لعنته ، وفيما اذا اشترى الحر امرأته وجهان مبنيان على الروايتين في شرائها لزوجها ، واذا جعل لها الخيار فاختارت نفسها أو وكلاهما في الطلاق فطلقت نفسها فهو كطلاقه لا يسقط مهرها ، لأن المرأة وإن باشرت الطلاق فهي نائبة عنه ووكيلة له وفعل الوكيل كفعل الموكل ، فكأنه صدر عن مباشرته ، وإن علق طلاقها على فعل من قبلها لم يسقط مهرها لأن السبب منه وجد ، وإنما هي حققت شرطه والحكم ينسب الى صاحب السبب . والله أعلم

كتاب الوليمة

الوليمة اسم للطعام في العرس خاصة ، لا يقع هذا الاسم على غيره ، كذلك حكاه ابن عبد البر عن ثعلب وغيره من أهل اللغة ، وقال بعض الفقهاء من أصحابنا وغيرهم ان الوليمة تقع على كل طعام لسرور حادث ، الا أن استعمالها في طعام العرس أكثر ، وقول أهل اللغة أقوى لأنهم أهل اللسان ، وهم أعرف بموضوعات اللغة وأعلم بلسان العرب ، والعذيرة اسم لدعوة الحتان ، وتسمى الاعتذار ، والحرس والحرس عند الولادة والوكيرة دعوة البناء . يقال وكتر وخرس مشدد ، والنقبة عند قدوم الغائب ، يقال تقع مخفض ، والعقيقة الذبح لأجل الولد ، قال الشاعر :

كل الطعام تشتهى ربيعه الحرس والاعتذار والنقبة
والحذاق : الطعام عند حذاق الصبي ، والمأدبة اسم لكل دهوة ، لسبب كانت أو لغير سبب ، والأدب صاحب المأدبة ، قال الشاعر :

نحن في المشتاة ندعو الجفلى لا يرى الأدب منا ينقر
والجفلى في الدعوة أن يعم الناس بدعوته ، والنقرى هو أن يخص قوما دون قوم

• مسألة ، قال (ويستحب لمن تزوج ان يولم ولو بشاة)

لا خلاف بين أهل العلم في أن الوليمة سنة في العرس مشروعة ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بها وفعلها ، فقال لعبد الرحمن بن عوف حين قال تزوجت ، أولم ولو بشاة ، وقال أنس ، ما أولم رسول الله صلى الله عليه وسلم على امرأة من نسائه ما أولم على زينب ، جعل يعثى فادعوه الناس ، فاطعمهم خبزا ولحما حتى شبعوا .

وقال أنس ، ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اصطفى صفية لنفسه فخرج بها حتى بلغ ثنية الصبياء فبنى بها ، ثم صنع حبسا في نطع صغير ثم قال : ائذن لمن حولك ، فكأنت وليمة رسول الله صلى الله عليه وسلم على صفية ، متفق عليهن ، ويستحب أن يولم بشاة ان أمكنه ذلك ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم

لعبد الرحمن ، أود ولو بشاة ، وقال أنس ، ما أولم النبي صلى الله عليه وسلم على شيء من نسائه ما أولم على ربيب أود بشاة ، لفظ البخاري فإن أولم بغير هذا جاز فقد أولم النبي صلى الله عليه وسلم على صفة عيس ، وأولم على بعض نسائه بمدن من شعير ، رواه البخاري

(فصل) وليست واجبة في قول أكثر أهل العلم ، وقال بعض أصحاب الشافعي هي واجبة ، لأن النبي (ص) أمر بها عبد الرحمن بن عوف ، ولأن الإجابة اليها واجبة فكانت واجبة

ولنا أنها طعام لسرور حادث ، فأشبهه سائر الأطعمة ، والخبر محمول على الاستحباب بدليل ما ذكرناه ، وكونه أمر بشاة ولا خلاف في أنها لا تجب ، وما ذكره من المعنى لا أصل له ، ثم هو باطل بالسلام ليس بواجب ، واجابة المسلم واجبة .

• مسألة ، قال (وعلى من دعى أن يجيب)

قال ابن عبد البر : لا خلاف في وجوب الإجابة الى الولية لمن دعى اليها اذا لم يكن فيها لهر ، وبه يقول مالك والشافعي والعمري وأبو حنيفة وأصحابه ، ومن أصحاب الشافعي من قال : هي من فروض الكفايات لأن الإجابة اكرام وموالة فهي كرد السلام

ولنا ما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : اذا دعى أحدكم الى الولية فليأتها ، وفي لفظ قال : قال رسول الله (ص) : أجيبوا هذه الدعوة اذا دعيتم اليها ، وقال أبو هريرة : شر الطعام طعام الولية يدعى لها الاغنياء ويترك الفقراء ، ومن لم يجيب فقد عصى الله ورسوله ، رواه البخاري ، وهذا عام ، ومعنى قوله : شر الطعام طعام الولية ، والله أعلم أي طعام الولية التي يدعى اليها الاغنياء ويترك الفقراء ، ولم يرد ان كل ولية طعامها شر الطعام ؛ فإنه لو أراد ذلك لما أمر بها ولا ندب اليها ولا أمر بالإجابة اليها ولا فعلها ، ولأن الإجابة تجب بالدعوة ، فكل من دعى فقد وجبت عليه الإجابة

(فصل) وإنما تجب الإجابة على من عين بالدعوة بأن يدعو رجلا بعينه أو جماعة معينين . فإن دعا الجفلي بأن يقول يا أيها الناس أجيئوا إلى الوليمة أو يقول الرسول : أمرت أن أدعو كل من لقيت أو من شئت لم تجب الإجابة ولم تستحبه لأنه لم يبين بالدعوة فلم تتعين عليه الإجابة ولأنه غير منصوص عليه ولا يحصل كسر قلب الداعي بترك إجابته ، وتجاوز الإجابة بهذا لدخوله في عموم الدعاء .

(فصل)

وإذا صنعت الوليمة أكثر من يوم جاز ، فقد روى الحلال بإسناده عن أبيه أنه أعرس ودعى الانصار ثمانية أيام ، وإذا دعى في اليوم الأول وجبت الإجابة وفي اليوم الثاني تستحب الإجابة وفي اليوم الثالث لا تستحب . قال أحمد : الأول يجب والثاني إن أحب والثالث فلا ، وهكذا منذهب الشافعي . وقد روى عن النبي (ص) أنه قال : الوليمة أول يوم حق والثاني معروف والثالث رياء وسفينة ، رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما وقاله سعيد بن المسيب أيضا ، ودعى سعيد إلى وليمة مرتين فأجاب فدعى الثالثة لحضب الرسول ، رواه أبو داود والحلال .

(فصل) والدعاء إلى الوليمة اذن في الدخول والاكل بدليل ما روى أبو هريرة عن النبي (ص) أنه قال : إذا دعى أحدكم لحاء مع الرسول فذلك اذن له ، رواه أبو داود ، وقال عبد الله بن مسعود : إذا دعيت فقد اذن لك ، رواه الامام أحمد بإسناده .

(فصل) فإن دعا ذمي فقال أصحابنا لا تجب إجابته لأن الإجابة للمسلم للاكرام والمواالة وتأكيد المودة والاخاء فلا تجب على المسلم للذمي ولأنه لا يامن اختلاط طعامهم بالحرام والتجاسة ولكن تجوز إجابتهم لما روى أنس : أن يهوديا دعا النبي (ص) إلى خبز شعير وأهالة سنخة فأجابه ، ذكره الامام أحمد في الزهد .

(فصل) فإن دعا رجلا ولم يكن الجمع بينهما وسبق أحدهما إجاب السابق لأن إجابته وجبت حين دعا فلم يزل الوجوب بدعاء الثاني ولم تجب إجابة الثاني لأنها غير ممكنة مع إجابة الأول ، فإن استويا إجاب أقربهما منه بابا لما روى أبو داود بإسناده عن النبي صلى الله عليه أنه قال : إذا اجتمع داعيان فأجب

أقربها بابا فإن أقربها بابا أقربها جواراً فإن سبق أحدهما فأجب الذي سبق ،
وروى البخاري بإسناده عن عائشة قالت : قلت يا رسول الله إن لي جارين فإني
أيهما أهدى ؟ قال : أقربهما منك بابا ، ولأن هذا من أبواب البر فقدم بهذه المعاني
فإن استويا أجاب أقربهما رحماً لما فيه من صلة الرحم فإن استويا أجاب أدنهما
فإن استويا أقرع بينهما لأن القرعة تعين المستحق عند استواء الحقوق .

• مسألة ، قال (فإن لم يجب أن يطعم دعا وانصرف)

وجملة ذلك أن الواجب الإجابة إلى الدعوة لأنها التي أمر به وتوعد على
تركها : أما الأكل فغير واجب صائماً كان أو مفطراً ، نص عليه أحمد لكن إن
كان المدعو صائماً صوماً واجباً أجاب ولم يفطر لأن الفطر غير جائز فإن الصوم
واجب والأكل غير واجب ، وقد روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم : إذا دعى أحدكم فليجب ، فإن كان صائماً فليدع ، وإن كان مفطراً
فليطعم ، رواه أبو داود وفي رواية : فليصل ، يعني يدعو ، ودعى ابن عمر إلى
وليمة لحضر ومد يده وقال : بسم الله ثم قبض يده وقال : كوا فإني صائم ، وإن
كان صوماً تطوعاً استحباب له الأكل لأن له الخروج من الصوم فإذا كان في الأكل
إجابة أخيه المسلم وإدخال السرور على قلبه كان أولى وقد روى : أن النبي صلى الله
عليه وسلم كان في دعوة ومعه جماعة فاعتزل رجل من القوم ناحية فقال إني صائم
فقال النبي صلى الله عليه وسلم : دعاكم أخركم وتمكلف لكم : كل ثم صم يوماً مكانه
إن شئت ، وإن أحب إتمام الصيام جاز ، لما روينا من الخبر المتقدم ولكن
يدعو لحم ويبارك ويخبرهم بصيامه ليعلموا عذره فتزول عنه التهمة في ترك الأكل
وقد روى أبو حفص بإسناده عن عثمان بن عفان رضي الله عنه : أنه أجاب
عبد المغيرة وهو صائم فقال إني صائم ولكنني أحيت أن أجيب الداعي فأدعو
بالبركة ، وعن عبد الله قال : إذا عرض على أحدكم الطعام وهو صائم فليقبل إني
صائم ، وإن كان مفطراً فالأولى له الأكل لأنه أبلغ في إكرام الداعي وجبر قلبه
ولا يجب عليه ذلك . وقال أصحاب الشافعي فيه وجه آخر : أنه يلزمه الأكل لقول
النبي (ص) : وإن كان مفطراً فليطعم ، ولأن المقصود منه الأكل فكان واجباً .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : إذا دعى أحدكم فليجب فإن شاء أكل وإن شاء ترك ، حديث صحيح ؛ ولأنه لو وجب الأكل لوجب على المتطوع بالصوم قلنا لم يلزمه الأكل لم يلزمه إذا كان مفطراً ، وقولهم المقصود الأكل قلنا بل المقصود الإجابة ولذلك وجبت على الصائم الذي لا يأكل

فصل

إذا دعى إلى وليمة فيها معصية كالخمر والزمر والعود ونحوه وأمكنه الإنكار وإزالة المنكر لزمه الحضور والإنكار ، لأنه يؤدي فرضين ، إجابة أخيه المسلم ، وإزالة المنكر ، وإن لم يقدر على الإنكار لم يحضر ، وإن لم يعلم بالمنكر حتى حضر أزاله ، فإن لم يقدر أنصرف ونحو هذا قال الشافعي ، وقال مالك : أما اللهو الخفيف كالدف والكبر فلا يرجع وقاله ابن القاسم ، وقال أصبغ : أرى أن يرجع . وقال أبو حنيفة : إذا وجد اللعب فلا بأس أن يقعد فيما كل ، وقال محمد بن الحسن : إن كان ممن يقتدى به فاحب إلى أن يخرج ، وقال الليث . إذا كان فيها الضرب بالعود فلا ينبغي له أن يشهدا ، والأصل في هذا ما روى سفيانة : أن رجلاً أضافه على ف صنع له طعاماً فقالت قاطمة : لو دعونا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكل معنا ؟ فدعوه فجاء فوضع يده على عضادتي الباب ، فرأى قرأماً في ناحية البيت فرجع ، فقالت قاطمة لعل : الحق قد قل له : ما أرجعك يا رسول الله ؟ فقال : انه ليس لي أن أدخل بيتاً مزوقاً ، حديث حسن .

وروى أبو حفص بإسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقعد على مائدة يدار عليها الخمر ، وعن قانع قال : كنت أسير مع عبد الله بن عمر ، فسمع زمارة راع فوضع أصبعيه في أذنيه ثم عدل عن الطريق ، فلم يزل يقول : يا نافع ، أسمع ؟ حتى قلت : لا ، فأخرج أصبعيه من أذنيه ، ثم رجعت إلى الطريق ثم قال : هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صنع ، رواه أبو داود والحلال ، ولأنه يشاهد المنكر ويستلمه من غير حاجة إلى ذلك فنع منه كما لو قدر على إزالته ، ويفارق من له جار مقيم على المنكر والزمر حيث يباح له المقام ، فإن تلك حال حاجة لما في الخروج من المنزل من الضرر .

(فصل) فان رأى نقوشا وصور شجر ونحوها فلا بأس بذلك ، لأن تلك نقوش فهي كالعلم في الثوب ، وان كانت فيه صور حيوان في موضع يوطأ أو يتكأ عليها كالتى في البسط والوسائد جاز أيضا ، وان كانت على الستور والمحيطان وما لا يوطأ وأمكنه خطها أو قطع رؤوسها فعل وجلس ، وان لم يمكن ذلك انصرف ولم يجلس وعلى هذا أكثر أهل العلم ، قال ابن عبد البر : هذا أعدل المذاهب وحكاه عن سعد بن أبي وقاص وسالم وعروة وابن سيرين وعطاء وعكرمة ابن خالد وعكرمة مولى ابن عباس وسعيد بن جبير ، وهو مذهب الشافعى ، وكان أبو هريرة يكره التصاوير ما نصب منها وما بسط ، وكذلك مالك ، إلا أنه كان يكرها تنزها ولا يراها محرمة ، ولعلهم يذهبون الى عموم قول النبي صلى الله عليه وسلم : ان الملائكة لا تدخل بيتا فيه صورة ، متفق عليه .
وروى عن ابن مسعود : أنه دعى الى طعام : فلما قيل له أن في البيت صورة ، أبى أن يذهب حتى كسرت .

ولنا ما روت عائشة قالت : قدم النبي صلى الله عليه وسلم من سفر وقد سترت على سبيته بنمط فيه تصاوير ، فلما رآه قال : أنستين الخدر بستر فيه تصاوير ؟ فهتكت ، قالت : فجعلت منه متبذتين كأنى أنظر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم منكنا على أحدهما ، رواه ابن عبد البر ، ولأنها اذا كانت تداس وتبتذل لم تكن معززة ولا معظمة فلا تشبه الاصنام التى تعبد وتتخذ آلهة فلا تكرم ، وما رويناه أخص بما روه ، وقد روى عن أبي طلحة أنه قيل له : ألم يقل النبي صلى الله عليه وسلم : لا تدخل الملائكة بيتا فيه صورة ولا كلب ؟ قال : ألم تسمعه قال : إلا رقا في ثوب ؟ ، متفق عليه ، وهو محمول على ما ذكرناه من أن المباح ما كان مبسوطا والمكروه منه ما كان معلقا بدليل حديث عائشة .

(فصل) فان قطع رأس الصورة ذهبت الكراهة قال ابن عباس : الصورة الرأس ، فاذا قطع الرأس فليس بصورة ، وحكى ذلك عن عكرمة ، وقد روى عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنا فى جبريل فقال : أتبتك البارحة فلم يمنعنى أن أكون دخلت إلا أنه كان على الباب تمثيل ، وكان فى البيت بستر فيه تمثيل وكان فى البيت كلب فرأس التمثال الذى على الباب

فيقطع فيضير كثيفة الشجر ومر بالستر فلتقطع منه وسادتان منبوذتان توطآن
ومر بالكلب فليخرج ، ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وإن قطع منه
ما لا يبقى الحيوان بعد ذهابه كصدره أو بطنه أو جعل له رأس منفصل عن بدنه
لم يدخل تحت النهي لأن الصورة لا تبقى بعد ذهابه فهو كقطع الرأس ، وإن كان
الذاهب يبقى الحيوان بعده كالعين واليد والرجل ، فهو صورة داخلية تحت النهي ،
وكذلك إذا كان في ابتداء التصوير صورة بدن بلا رأس أو رأس بلا بدن
أو جعل له رأس وسائر بدنه صورة غير حيوان لم يدخل في النهي ، لأن ذلك
ليس بصورة حيوان .

(فصل) وصناعة التصاوير مخزومة على قاعها ، لما روى ابن عمر عن النبي
صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الذين يصنعون هذه الصورة يعذبون يوم القيامة » ،
يقال لهم : « أحيوا ما خلقتم » ، وعن مسروق قال : « دخلنا مع عبد الله بن مسعود
فقال لتمثال منها : تمثال من هذا ؟ قالوا : تمثال مريم ، قال عبد الله : قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم : إن أشد الناس عذاباً يوم القيامة المصورون » ، متفق عليهما ،
والأمر بعمله محرم كعمله .

فصل

فأما دخول منزل فيه صورة فليس بمحرم : وإنما أيسر ترك الدعوة من
أجله عقوبة للداعي بإسقاط حرمة لا يجاهده المنكر في داره ولا يجب على من
رآه في منزل الداعي الخروج في ظاهر كلام أحمد ، فإنه قال في رواية الفضل :
« إذا رأى صورة على الستر لم يكن رآها حين دخل » قال : هو أسهل من أن يكون
على الجدار : قيل : فإن لم يره إلا عند وضع الحيوان بين أيديهم أخرج ؟ فقال :
« لا تضيق علينا » ولكن إذا رأى هذا وبخهم ونهام يعني لا يخرج ، وهذا مذهب
مالك ، فإنه كان يكرهها تنزهها ولا يراها محرمة ، وقال أكثر أصحاب الشافعي :
« إذا كانت الصور على الستور أو ما ليس بموطوء لم يجز له الدخول ، لأن الملائكة
لا تدخله » ولأنه لو لم يكن محرماً لما جاز ترك الدعوة الواجبة من أجله .

ولنا ما روى ، أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة فرأى فيها صورة
إبراهيم وإسماعيل يستقيمان بالآلام فقال : « قاتلهم الله » لقد علموا أنهما ما استقيما

بها قط ، رواه أبو داود ، وما ذكرنا من خير عبد الله أنه دخل بيتا فيه تماثيل
وفي شروط عمر رضي الله عنه على أهل الذمة ، أن يوسعوا أبواب كنائسهم
ويعمهم ليدخلها المسلمون للبيت بها . والمارة بدوابهم ، وروى ابن علف في
فتوح الشام ، أن النصارى صنعوا لعمر رضي الله عنه حين قدم الشام طعاما فدعوه
فقال : أين هو ؟ قالوا : في الكنيسة ، فأبى أن يذهب ، وقال لعلى : امض بالناس
فليتخذوا قذحبا على رضي الله عنه بالناس ، فدخل الكنيسة وتغدى هو والمسلمون
وجعل على ينظر إلى الصور وقال : ما على أمير المؤمنين لو دخل فاكل ؟ ، وهذا
اتفاق منهم على إباحة دخولها وفيها الصورة ، ولأن دخول الكنائس والبيع غير
محرم ، فكذلك المنازل التي فيها الصور : وكون الملائكة لا تدخله لا يوجب
تحریم دخولها علينا ؛ كما لو كان فيه كلب ، ولا يحرم علينا حبة رقيقة فيها جرس ،
مع أن الملائكة لا تصحبهم وإنما أبيع ترك الدعوة من أجله عقوبة لفاعله وزجرا
له عن فعله ، والله أعلم .

فصل

فأما ستر الحيطان بستر غير مصورة ؛ فإن كان الحاجة من وقاية حر أو برد
فلا بأس به ، لأنه يستعمله في حاجته فأشبه الستر على الباب وما يليه
على بدنه ، وإن كان لغير حاجة فهو مكروه وعذر في الرجوع عن الدعوة وترك
الاجابة بدليل ما روى سالم بن عبد الله بن عمر قال : أعزست في عهد أبي فآذن
أبي الناس فكان أبو أيوب فيمن آذن وقد سستوا بيتي بخباء أخضر فاقبل
أبو أيوب مسرعا فاطلع فرأى البيت مسترا بخباء أخضر فقال : يا عبد الله
أسترون الجدر ؟ فقال أبي — واستحيا — : غلبتنا النساء يا أبا أيوب ، فقال :
من خشيت أن يغلبنه فلم أخش أن يغلبنك ثم قال : لا أطعم لكم طعاما ولا أدخل
لكم بيتا ثم خرج ، رواه الأثرم .

وروى عن عبد الله بن يزيد الخطمي ، أنه دعى إلى طعام فرأى البيت منجدا
فقدم خارجا وبكى ، قيل له : ما يبكيك ؟ قال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم
رأى رجلا قد رقع بردة له بقطعة آدم فقال : تطالعت عليكم الدنيا — ثلاثا
ثم قال — أتم اليوم خير أم إذا غدت عليكم قصعة وراحت أخرى ويغدو أحدكم

في حلة ويروح في أخرى : وتسترون بيوتكم كما تستر الكعبة ؟ قال عبد الله :
 أفلا أبكي وقد بكيت حتى رأيتم تسترون بيوتكم كما تستر الكعبة ؟
 وقد روى الحلال بإسناده عن ابن عباس وعلي بن الحسين عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى أن تستر الجدر ، وروى عائشة ، أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمرنا فيما رزقنا أن نستر الجدر ،

إذا ثبت هذا فإن ستر المحيطان مكروه غير محرم ، وهذا مذهب الشافعي ،
 إذ لم يثبت في تحريمه دليل وقد فعله ابن عمر وفعل في زمن الصحابة رضي الله عنهم ،
 وإنما كره لما فيه من السرف كالزيادة في الملبوس والمأكول ، وقد قيل : هو محرم
 لأنه من الأول والأول أولى فإن النهي لم يثبت ولو ثبت لحل على الكراهة لما ذكرناه .

فصل

وسئل أحمد عن السور فيها القرآن ؟ فقال : لا ينبغي أن يكون شيئاً مما عايناه
 فيه القرآن يستهان به ويمسح به ، قيل له : فيقطع ؟ فكره أن يقطع القرآن ، وقال :
 إذا كان ستر فيه ذكر الله فلا بأس به ، وكره أن يشتري الثوب فيه ذكر الله
 مما يجلس عليه أو يداس .

(فصل) قيل لأبي عبد الله : الرجل يكثر البيت فيه تصاوير ترى أن يحكمها
 قال : نعم ، قال المروزي : قلت لأبي عبد الله : دخلت حماماً فرأيت صورة أترى
 أن أحك الرأس ؟ قال : نعم . إنما جاز ذلك لأن اتخاذ الصورة منكر لحاز تغييرها
 كالله الأبرص والصليب والصنم وي تلف منها ما يخرجها عن حد الصورة كالرأس ونحوه
 لأن ذلك يكتفى ، قال أحمد : ولا بأس باللعب ما لم تكن صورة لما روى عن عائشة
 قالت دخل على رسول الله (ص) وأنا ألعب باللعب فقال : ما هذا يا عائشة ؟
 فقلت هذه خيل سليمان ، فجعل يضحك ، رواه مسلم بنحوه .

(فصل) والدف ليس بمنكر لما ذكرنا من الأحاديث فيه ، وأمر النبي صلى
 الله عليه وسلم به في النكاح ، وروى عائشة ، أن أبا بكر دخل عليها وعندها
 جاريتان في أيام منى تدفان وتضربان ، والنبي صلى الله عليه وسلم متغش بثوبه
 فأنهرهما أبو بكر ، فكشف النبي صلى الله عليه وسلم عن وجهه فقال : دعهما
 يا أبا بكر فإنها أيام عيد ، متفق عليه .

(فصل) واتخاذ آنية الذهب والفضة محرم فإذا رآه المدعو في منزل الداعي فهو منكراً يخرج من أجله ، وكذلك ما كان من الفضة مستعملاً كالمكحلة ونحوها قال الأثرم : مثل أحد إذا رأى حلقة امرأة فضة ورأس مكحلة يخرج من ذلك ؟ فقال هذا تاويل تأويله ، وأما الأنية نفسها فليس فيها شك ، وقال مالا يستعمل فهو أسهل مثل الضبة في السكين والقدح وذلك لأن رؤية المنكر كسبها فكذا لا يجلس في موضع يسمع فيه صوت الزمر لا يجلس في موضع يرى فيه من يشرب الخمر وغيره من المنكر :

(فصل) وإن علم أن عند أهل الولية منكراً لا يراه ولا يسمعه لكونه بمنزل عن موضع الطعام أو يخفونه وقت حضوره فله أن يحضر ويأكل ، نص عليه أحمد ، وله الامتناع من الحضور في ظاهر كلامه فإنه مثل عن الرجل يدعى إلى الحتان أو العرس وعنده المختشون فيدعوه بعد ذلك يوم أو ساعة وليس عنده أولئك ؟ قال أرجو أن لا يأنم إن لم يجيب وإن أجاب فارجو أن لا يكون آنماً فاسقط الوجوب لإسقاط الداعي حرمة نفسه باتخاذ المنكر ، ولم يمنع الإجابة لكون المجيب لا يرى منكراً ولا يسمعه .

وقال أحمد : إنما نجيب الإجابة إذا كان المكسب طيباً ولم ير منكراً ، فعل قوله هذا : لا تجيب ، إجابة من طعامه من كسب خبيث لأن اتخاذه منكراً والأكل منه منه منكر ، فهو أولى بالامتناع وإن حضر لم يسغ له الأكل منه .

مسألة ، قال (ودعوة الحتان لا يعرفها المتقدمون ولا حل من دعى إليها أن يجيب ، وإنما وردت السنة في إجابة من دعى إلى ولية تزويج)

يعني بالمتقدمين أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الذين يقتدى بهم ، وذلك لما روى ، أن عثمان بن أبي العاص دعى إلى ختان فأتى أن يجيب فقيل له فقال إنا كنا لا نأتي الحتان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا ندعى إليه ، رواه الإمام أحمد بإسناده .

إذا ثبت هذا لحكم الدعوة للختان وسائر الدعوات غير الولية أنها مستحبة لما فيها من أطعام الطعام ، والإجابة إليها مستحبة غير واجبة ، وهذا قول مالك

والشافعي وأبي حنيفة وأصحابيه ، وقال الصنبري يجب إجابة كل دعوة لعموم الأمر به
فإن ابن عمر روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : إذا دعا أحدكم أخاه فليجبه
عريسا كان أو غير عرس ، أخرجه أبو داود .

ولنا أن الصحيح من السنة إنما ورد في إجابة الداعي إلى الوليمة ، وهي الطعام
في العرس خاصة ، كذلك قال الحنبل وتطلب وغيرهما من أهل اللغة ، وقد صرح
بذلك في بعض روايات ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : إذا
دعى أحدكم إلى وليمة عرس فليجب ، رواه ابن ماجه .

وقال عثمان بن أبي العباس : كنا لا نأتي الختان على عهد رسول الله (ص)
ولا ندعى إليه ، ولأن التزويج يستحب إعلانه وكثرة الجمع فيه والتصويت والضرب
بالدف بخلاب غيره ، فأما الأمر بالإجابة إلى غيره فمحمول على الاستحباب بدليل
أنه لم يخص به دعوة ذات سبب دون غيرها ، وإجابة كل داع مستحبة لهذا الخبر
ولأن فيه جبر قلب الداعي وتطبيب قلبه ، وقد دعى أحد إلى ختان فأجاب وأكل
فأما الدعوة في حق قاعلها فليست لها فضيلة تختص بها لعدم ورود الشرع بها ،
ولكن هي بمنزلة الدعوة لغير سبب حادث ، فإذا قصد قاعلها شكر نعمة الله عليه
وأطعام أخواته وبذل طعامه فله أجر ذلك أن شاء الله تعالى .

مسألة : قال (والشار مكروه لأنه شبه النية ، وقد يأخذ من غيره أحب
إلى صاحب الشار منه)

اختلفت الرواية عن أحد في الشار والتقاطه ، فروى أن ذلك مكروه في العرس
وغيره ، وروى ذلك عن أبي مسعود البدر وعصكرمة وابن سيرين وعطاء
وعبد الله بن زيد الخطمي وطلحة وزيد الباصي ، وبه قال مالك والشافعي ، وروى
عن أحمد رواية ثانية : ليس بمكروه اختارها أبو بكر ، وهو قول الحسن وقتادة
والنخعي وأبي حنيفة وأبي عبيد وابن المنذر لما روى عبد الله بن قريط قال : قرب
إلى رسول الله (ص) خمس يدنات أو ست ، فطفقن يزدلفن إليه بأيتهن يدا فزحزها
رسول الله (ص) ، وقال كلمة لم اسمها ، فسالت من قرب منه فقال : قال من شاء
اقتلع ، رواه أبو داود ، وهذا جار مجرى الشار .

وقد روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم دعى إلى وليمة رجل من الأنصار ثم أتوا ينهب فأنهب عليه ، قال الراوى : نظرت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يراحم الناس أو نحو ذلك ، قلت : يا رسول الله أو مانيتنا عن النهبة ؟ قال : نهيتكم عن نهبة الغسائر ولا نهية نوع إباحة : فأشبه إباحة الطعام للضيقات .

ولنا فاردوى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا تحل النهي والمثلة ، رواه البخارى ، وفى لفظ : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن النهي والمثلة ، ولأن فيه نهيا وتزاحما وقتالا وربما أخذه من يكره صاحب النثار لحرصه وشره ودنائه نفسه ويحرمه من يحب صاحبه لمروءته وصيافته نفسه وعرضه والغالب هذا فإن أهل المروآت يصونون أنفسهم عن مزاحمة سفلة الناس على شيء من الطعام أو غيره ، ولأن فى هذا دناءة والله يحب معالي الأمور ويكره سفاسفها ، فأما خبر البدئات فيحتمل أن النبي (ص) علم أنه لا نهية فى ذلك لكثرة اللحم وقلة الأخذ به أو فعل ذلك لاشتغاله بالمناسك عن تفريقها .

وفى الجمل : فالخلاف إنما هو فى كراهية ذلك ، وأما إباحته فلا خلاف فيها ولا فى الالتقاط لانه نوع إباحة لانه ، فأشبه سائر الإباحات .

مسألة : قال (فإن قسم على الحاضرين فلا بأس بأخذه)

كذا روى عن أبى عبد الله رحمه الله : أن بعض أولاده حنق فقسم على الصبيان الجوز ، أما إذا قسم على الحاضرين ما يثر مثل اللوز والسكر وغيره فلا خلاف أن ذلك حسن غير مكروه .

وقد روى عن أبى هريرة قال : قسم النبي (ص) يوماً بين أصحابه تمراً ، فأعطى كل إنسان سبع تمرات فأعطاني سبع تمرات أحداً من خشقة لم تكن ثمرة أعجب إلى منها شئت إلى ما ضفى ، رواه البخارى ، وكذلك أن وضعه بين أيديهم وأذن لهم في أخذه على وجه لا يقع تناهب فلا يكره أيضاً .

قال المروذى سألت أبا عبد الله عن الجوز يثر ؟ فكرهه ، وقال : يعطون يقسم عليهم ، وقال محمد بن على بن بحر سمعت حسن أم ولد أحمد بن حنبل تقول : لا حنق أبى حسن قال لى مولاي : حسن ، لا تشرؤا عليه فاشترى تمراً وجوزاً

فأرسله إلى المعلم قالت وعملت أنا عصبدة وأطعمت الفقراء فقال : أحسنت أحسنت
وفرق أبو عبد الله على الصبيان الجوز لكل واحد خمسة خمسة
(فصل) ومن حصل في حجره شيء من التثاقل فهو له غير مكروه لأنه مباح
حصل في حجره فملكه كما لو وثقت سمكة من البحر فوقعت في حجره ، وليس
لأحد أن يأخذ من حجره لما ذكرناه .

(فصل) ولا بأس أن يخلط المسافرون أزوادهم ويأكلون جميعا ، وإن أكل
بعضهم أكثر من بعض فلا بأس ، وقد كان السلف يتعاهدون في الغزو والحج ،
ويقارق التثاقل به يؤخذ بهب وتساب وتجادب بخلاف هذا

(فصل في آداب الطعام)

يستحب غسل اليدين قبل الطعام وبعده وإن كان على وضوء ، قال المروزي
رأيت أبا عبد الله يغسل يديه قبل الطعام وبعده ، وإن كان على وضوء ، وقد روى
عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من أحب أن يكثر خيره فليتوضأ إذا
حضر غداؤه وإذا رفع ، رواه ابن ماجه .

وروى أبو بكر باسناده عن الحسن بن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال
: « الوضوء قبل الطعام ينقي الفقر وبعده ينقي اللحم » يعني به غسل اليدين ، وقال
النبي صلى الله عليه وسلم : من نام وفي يده ریح غمر وأصابه شيء فلا يلوم إلا
نفسه ، رواه أبو داود ، ولا بأس بترك الوضوء لما روى أبو هريرة ، أن النبي
صلى الله عليه وسلم خرج من الغائط ، فأتى بطعام فقال رجل يا رسول الله ألا آتاك
بوضوء ؟ قال : لا أريد الصلاة ، رواه ابن ماجه .

وعن جابر قال : أقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم من شعب الجبل وقد تقنى
حاجته وبين أيدينا تمر على ترس أو جحفة ، فدعونا فأكل معنا وما من ماء ،
رواه أبو داود .

وروى عنه ، أنه كان يحترق من كشف شاة في يده فدعى إلى الصلاة فألقاها
من يده ثم قام فصلى ولم يتوضأ ، رواه البخاري ولا بأس بتقطيع اللحم بالسكين
لهذا الحديث ، وقال منها سألت أحمد عن حديث يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم

ولا تقطعوا النعم بالسكين فإنه من صنع الأعاجم وأنه هو نبشاً فإنه أهنأ وأمرأه
قال : ليس بصحيح واحتج بهذا الحديث الذي ذكرناه .

(فصل) ويستحب التسمية عند الأكل وأن يأكل يمينه بما يئنه ، لما روى
عمر بن أبي سلمة قال : كنت بينما في حجر رسول الله صلى الله عليه وسلم فكانت
يدى تطيش في الصحفة ، فقال لي النبي صلى الله عليه وسلم : يا غلام سم الله وكل
بيمينك وكل مما يليك . متفق عليه .

وعن ابن عمر عن النبي (ص) قال : إذا أكل أحدكم فلماً كل يمينه فإن
الشیطان يأكل بشماله ويشرب بشماله ، رواه مسلم . وعن عائشة أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال : إذا أكل أحدكم فليذكر اسم الله ، فإن نسي أن يذكر
اسم الله في أوله فليقل بسم الله أوله وآخره ، وإن كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
جالسا ورجل يأكل فلم يسم حتى لم يبق من طعامه إلا لقمة ، فلما رجعها إلى فيه
قال بسم الله أوله وآخره ، فضحك النبي صلى الله عليه وسلم وقال : ما زال الشيطان
يأكل معه فلما ذكر الله قام ما في بطنه . رواه أبو داود .

وعن عكراش بن ذؤيب قال : أتى النبي صلى الله عليه وسلم بحفنة كثيرة الثريد
والرذك ، فاقبلنا فأكل فطعنت يدي في نواحيها فقال : يا عكراش كل من موضع
واحد فإنه طعام واحد ، ثم أتينا يطبق فيه ألوان الرطب فجالت يد رسول الله
صلى الله عليه وسلم في الطبق وقال : يا عكراش كل من حيث شئت فإنه غير
لون واحد ، رواه ابن ماجه . ولا بأس بكل من ذروة الثريد ، لما روى ابن عباس
عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : إذا أكل أحدكم طعاماً فلا يأكل من أعلى
الصحفة ولكن ليأكل من أسفلها ، فإن البركة تنزل من أسفلها . وفي الحديث
: لكوا من جوانبها ودعوا ذروتها يبارك فيها ، رواهما ابن ماجه .

(تفصيل) ويستحب الأكل بالأصابع الثلاث ولا يمسح يده حتى يلعقها .
قاله متى : سألت أبا عبد الله عن الأكل بالأصابع كلها ؟ فذهب إلى ثلاث أصابع
فذكرت له الحديث الذي يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أنه كان يأكل بكفه
كلها ، فلم يصحبه ولم ير إلا ثلاث أصابع .

وفد زوى كعب بن مالك قال : كان رسول الله (ص) يأكل ثلاث أصابع ولا يمسح يده حتى يلعقها ، رواه الخلال بإسناده . ويكره الأكل متكئا لما روى أبو بصير عن رسول الله (ص) قال : لا آكل متكئا ، رواه البخاري ، ولا يمسح يده بالحنظل حتى يلعقها لما روي عن ابن عباس عن النبي (ص) قال : إذا أكل أحدكم طعاما فلا يمسح يده حتى يلعقها أو يلمسها ، رواه أبو داود وعن ثيبه قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أكل في قصبة فلعسها استغفرت له القصبة ، رواه الترمذي . وعن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا وقعت اللقمة من يد أحدكم فليمسح ما عليها من الأرض وليأكلها . رواه ابن ماجه

(فصل)

وعنه الله إذا فرغ يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن الله يبرئني من القيد أن يأكل الاكلة أو يشرب الشربة فيحمده عليها ، رواه مسلم . وعن ابن سعيد قال : كان النبي (ص) إذا أكل طعاما قال : الحمد لله الذي أطعنا وسقانا وجعلنا مسلمين ، رواه أبو داود . وعن أبي أمامة عن النبي (ص) أنه كان يقول إذا رفع طعامه : الحمد لله كثيرا جبارا كافيا غير مكفي ولا مودع ولا مستغنى عنه ربنا . . وعن مجاذ بن أنس الجهني عن رسول الله (ص) قال : من أكل طعاما فقال : الحمد لله الذي أطعني هذا ورزقني من غير حول عني ولا قوة ، غفر له ما تقدم من ذنبه ، رواه ابن ماجه

وروى أن النبي (ص) أكل طعاما هو وأبو بكر وعمر ثم قال : من قال في أوله بسم الله وبركة الله وفي آخره الحمد لله الذي أطعم وأروى وأنعم وأفضل فقد أدى شكره ، ويستحب الدعاء لصاحب الطعام لما روى جابر بن عبد الله قال : صنع أبو الهيثم للنبي (ص) وأصحابه طعاما ، فدعا النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه فلما فرغ قال : أثيبوا صاحبكم . قالوا يا رسول الله وما إثابة ؟ قال إن الرجل إذا دخل بيته وأكل طعامه وشرب شرابه قدعرا له فذلك إثابة . وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم جاء إلى سعد بن عباد قال : ليلاء بهيز

وزيت فاكل ثم قال النبي صلى الله عليه وسلم : أفطر عندك الصائمون واكل طعامكم
الإيرار وصلت عليكم الملائكة ، رواهما أبو داود .

(فصل) ولا بأس بالجمع بين طعامين فإن عبد الله بن جعفر قال : رأيت النبي
صلى الله عليه وسلم ياكل القثاء بالرطب ، ويكره عيب الطعام لقول أبي هريرة
وما عاب رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاماً قط إذا اشتى شيئاً أكله ، وإن
لم يشتهه تركه ، متفق عليهما ، وإذا حضر فصادف قوماً يأكلون فدعوه لم يكره له
الإكل لهما قدينا من حديث جابر حين دعوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاكل
معهم ، ولا يجوز أن يتجبن وقت أكلهم فيهم ليطعم معهم لقول الله تعالى
(يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوت النبي إلا أن يؤذن لكم إلى طعام غير ناظرين
إياه) أي غير منتظرين بلوغ نضجه .

وعنه أنه قال : ما أكل رسول الله صلى الله عليه وسلم على خوان ولا في سكرجة
قال فعلام كنتم تأكلون ؟ قال علي السفر ، وقال ابن عباس : لم يكن رسول الله
صلى الله عليه وسلم ينفخ في طعام ولا شراب ولا يتنفس في الإناء ، وفي المتفق
عليه من حديث أبي قتادة ، ولا يتنفس أحدكم في الإناء .

وعنه ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا وضعت المائدة
فلا يقوم رجل حتى ترفع المائدة ولا يرفع يده ، وإن شبع حتى يفرغ القوم
وليعبر فإن الرجل يخجل جليسه فيقبض وعسى أن يكون له في الطعام حاجة ،
رواهن كلهن ابن ماجه .

(فصل)

قال محمد بن يحيى قلت لأبي عبد الله الإناء يؤكل فيه ثم تغسل فيه اليد ؟ قال
لا بأس . وقيل لأبي عبد الله ما تقول في غسل اليد بالإنعالة ؟ فقال لا بأس به
نحن فعله واستدل الخطابي على جواز ذلك بما روى أبو داود بإسناده عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم أنه أمر امرأة أن تجعل مع الماء ملحاً ثم تغسل به الدم من
حيضه ، والملح طعام فني معناه ما أشبهه والله أعلم .

كتاب عشرة النساء والخلق

قال الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) وقال تعالى (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف) وقال أبو زيد يتقون الله فيهن كما عليهن أن يتقين الله فيهم ، وقال ابن عباس إني لأحب أن أزين للمرأة كما أحب أن تزين لي لأن الله تعالى يقول (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف) .

وقال الضحاك في تفسيرها إذا أطمن الله وأطمن أزواجهن فله أن يحسن صحبتها ويتكف عنها إذاه وينفق عليها من سمته ، وقال بعض أهل العلم التماثل هنا في تأدية كل واحد منهما ما عليه من الحق لصاحبه بالمعروف ولا يعطيه به ولا يظهر الكراهة بل يبشر وطلاقة ولا يتبعه أذى ولا منه لقول الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) وهذا من المعروف ، ويستحب لكل واحد منهما تحسين الخلق مع صاحبه والرفق به واحتمال إذاه لقول الله تعالى (وبأولادهم أحساناً وبذئ القريب) إلى قوله (والصاحب بالجنب) قيل هو كل واحد من الزوجين ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : استوصوا بالنساء خيراً فانهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحلتم فروجهن بكلمة الله ، رواه مسلم .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم : إن المرأة خلقت من ضلع أعوج إن تستقيم على طريقة فإن ذهبت تقيماً كسرتها وإن استتمت بها استتمت بها وفيها عوج ، متفق عليه ، وقال خياركم خياركم لنسائهم رواه ابن ماجه ، وحق الزوج عليها أعظم من حقها عليه لقول الله تعالى (وللرجال عليهن درجة) وقال النبي صلى الله عليه وسلم : لو كنت أمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت للنساء أن يسجدن لأزواجهن لما جمل الله لهم عليهن من الحق ، رواه أبو داود ، وقال : إذا بائت المرأة هاجرة فراش زوجها لعتها الملائكة حتى ترجع ، متفق عليه .

وقال لامرأة : أذات زوج أنت ؟ ، قالت نعم قال : فانه جنتك ونارك ، وقال : لا يعمل لامرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بأذنه ولا تأذن في بيته إلا بأذنه وما أتقت من نفقة من غير أذنه فانه يرد إليه شطره ، رواه البخاري .

(فصل) إذا تزوج امرأة مثلها يوطأ فطلب تسليمها إليه وجب ذلك، وإن عرضت نفسها عليه لزمه تسليمها ووجبت ثقته وإن طلبها فسألت الإنظار أنظرت مدة جرت العادة أن تصلح أمرها فيها كاليومين والثلاثة، لأن ذلك يسير جرت العادة بمثله، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تطرقوا النساء ليلا حتى تمتشط الشعبة وتستجد المغيبة، فتع من الطروق وأمر يأمها لها تصلح أمرها مع تقدم محبتها لها فيها أولى.

ثم إن كانت حرة وجب تسليمها ليلا ونهاراً وله الفر بها، لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسافر بنسائه إلا أن يكون سفرأ مخروفاً فلا يلزمها ذلك، وإن كانت أمة لم يلزم تسليمها إلا بالليل لأنها مملوكة عقد على إحدى منفعتها فلم يلزم تسليمها في غير وقتها كما لو أجرها لخدمة النهار لم يلزم تسليمها بالليل، ويجوز المولى بيعها لأن النبي صلى الله عليه وسلم أذن لعائشة في شراء بريرة وهي ذات زوج ولا يفسخ النكاح بذلك بدليل أن بيع بريرة لم يبطل نكاحها.

(فصل) والزوج أجبار زوجته على الفصل من الحيض والنفاس مسألة كانت أودمية حرة كانت أو مملوكة لأنه يمنع الاستمتاع الذي هو حق له ذلك أجبارها على إزالة ما يمنع حقه، وإن احتاجت إلى شراء الماء فضمنه عليه لأنه لحقه، وله أجبار المسئلة البالغة على الفصل من الجنابة، لأن الصلاة واجبة عليها ولا تمكن منها إلا بالفصل فأما الذميمة ففيها روايتان.

أحدهما: أنه أجبارها عليه، لأن قال الاستمتاع يقف عليه فإن النفس تنكف من لا يقتل من جنابة.

والثانية: ليس له أجبارها عليه، وهو قول مالك والثوري لأن الوطء لا يقف عليه فإنه مباح بدونه، ولشافعي قولان كالروايتين، وفي إزالة الوسخ والدرن وتقليم الأظفار وجهان بناء على الروايتين في فصل الجنابة، وتسمى في هذه المسئلة والذميمة لاستوائيهما في حصول النقرة من ذلك حالها ولها أجبارها على إزالة شعر العانة إذا خرج عن العادة رواية واحدة، ذكره القاضى، وكذلك الأظفار وإن طالا قليلا بحيث تنافس النفس فيه وجهان، وهل له منعها من أكل ما لا راحة كربة كالصعل والثوم والكروان على وجهين.

أحدهما : له منعها من ذلك لأنه يمنع القبة وكال الاستمتاع

والثاني : ليس له منعها منه لأنه لا يمنع الوطء ، وله منعها من السكر : وإن كانت ذميمة ، لأنه يمنع الاستمتاع بها ، فإنه يزيل عقلها ويجعلها كالزق المنفوخ : ولا يأمن أن تجنى عليه ، وإن أرادت شرب ما لا يسكرها فله منع المسئلة ، لأنهما يعتقدان تحريمه ، وإن كانت ذميمة لم يكن له منعها منه ، نص عليه أحمد لأنها تعتقد إباحته في دينها وله إجبارها على غسل فمها منه ومن سائر النجاسات ليتمكن من الاستمتاع بغيرها ويتخرج أن يملك منعها منه لما فيه من الرائحة الكريهة وهو كالثوم وهكذا الحكم لو تزوج مسئلة تعتقد إباحة يسير النبيذ هل له منعها منه؟ هل وجهين ومذهب الشافعي على نحو من هذا الفصل كله

(فصل)

والزوج منعها من الخروج من منزله إلى ما لها منه بد ، سواء أرادت زيارة والديها أو عيادتهما أو حضور جنازة أحدهما ، قال أحمد في امرأة لها زوج وأم مريضة : طاعة زوجها أوجب عليها من أمها إلا أن يأذن لها . وقد روى ابن بطة في أحكام النساء عن أنس أن رجلا سافر ومنع زوجته الخروج ، فرض أبوها فاستأذنت رسول الله (ص) في عيادة أبيها ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « اتقي الله ولا تخالني زوجك » فأت أبوها فاستأذنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في حضور جنازته ؛ فقال لها « اتقي الله ولا تخالني زوجك » فأوحى الله إلى النبي صلى الله عليه وسلم « إني قد غفرت لها بطاعة زوجها ، ولأن طاعة الزوج واجبة والعبادة غير واجبة ، فلا يجوز ترك الواجب لما ليس بواجب ، ولا يجوز لها الخروج إلا بأذنه ، ولكن لا ينبغي للزوج منعها من عبادة والديها وزيارتهم ، لأن في ذلك قطيعة لهما وحملًا لزوجته على مخالفتي . وقد أمر الله تعالى بالمعاشرة بالمعروف وليس هذا من المعاشرة بالمعروف

وإن كانت زوجته ذميمة فله منعها من الخروج إلى الكنيسة ، لأن ذلك ليس بطاعة ولا نفع وإن كانت مسئلة فقال القاضي له منعها من الخروج إلى المساجد

وهو مذهب الشافعي وظاهر الحديث ينمى من منعها لقول النبي صلى الله عليه وسلم
 « لا تمنعوا إماء الله مساجد الله ، وروى أن الزبير تزوج عائكة بنت زيد بن عمرو
 ابن نفيل وكانت تخرج إلى المساجد وكان فيور أفيقول لها لو صليت في بيتك فتقول
 لا أزال أخرج أو تمنعني فكره منعها لهذا الخبر ، وقال أحمد في الرجل تكون له
 المرأة أو الأمة النصرانية يشتري لها زناراً ؟ قال لا ، بل تخرج هي تشتري لنفسها
 فقيل له جاريته تعمل الزناير ؟ قال لا .

(فصل) وليس على المرأة خدمة زوجها من العجن والحبز والطبخ وأشباهه
 نص عليه أحمد ، وقال أبو بكر بن أبي شيبة وأبو إسحاق الجوزجاني عليها ذلك
 واحتج بقصة علي وفاطمة ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قضى على ابنته فاطمة
 بخدمة البيت وعلى ما كان خارجاً من البيت من عمل ، رواه الجوزجاني من طرق
 قال الجوزجاني : وقد قال النبي (ص) « لو كنت أمراً أحداً أن يسجد لأحد
 لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها ، ولو أن رجلاً أمر امرأته أن تنقل من جبل
 أسود إلى جبل أحمر أو من جبل أحمر إلى جبل أسود كان عليها أن تفعل ، وزواه
 بإسناده ، قال فهذا طاعته فيما لا منفعة فيه فكيف بمؤنة معاشه ، وقد كان النبي
 صلى الله عليه وسلم يأمر نساءه بخدمته ، فقال « يا عائشة اسقينا يا عائشة أطعمينا
 يا عائشة هاتى الشفرة واشحذينا بحجر ، وقد روى أن فاطمة أتت رسول الله
 صلى الله عليه وسلم تشكو إليه ما قلتي من الرحن وسأله خادماً يكفيها ذلك .

ولنا أن المعقود عليه من جهتها الاستمتاع ، فلا يلزمها غيره كسقي دوابه وحصاد
 زرعه : فأما قسم النبي (ص) بين علي وفاطمة فعلى ما تليق به الأخلاق المرضية ،
 ويجرى العادة لا على سبيل الإيجاب كما قد روى عن أسماء بنت أبي بكر أنها كانت
 تقوم بفرس الزبير وتلتقط له النوى وتحمله على رأسها ولم يكن ذلك واجباً عليها
 ولهذا لا يجب على الزوج القيام بمصالح خارج البيت ولا الزيادة على ما يجب لها
 من النفقة والكسوة ، ولكن الأولى لها فعل ما جرت العادة بقيامها به لأنه العادة
 ولا تصلح الحال إلا به ولا تنظم المعيشة بدونه .

(فصل) ولا يحمل وطء الزوجة في الدبر في قول أكثر أهل العلم . منهم علي

وعبد الله وأبو الدرداء وابن عباس وعبد الله بن عمرو وأبو هريرة، وبه قال سعيد ابن المسيب وأبو بكر بن عبد الرحمن ومجاهد وعكرمة والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ورؤيت لإباحته عن ابن عمر وزيد بن أسلم وناقع ومالك، وروى عن مالك أنه قال: ما أدركت أحداً أقتدى به في ديني بشك في أنه حلال وأهل العراق من أصحاب مالك ينكرون ذلك، واحتج من أحله بقول الله تعالى (نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أني شئتم) وقوله سبحانه (والذين هم لفروجهم حافظون، إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم).

ولنا ما روى أن رسول الله (ص) قال: إن الله لا يستحي من الحق، لا تأتوا النساء من أعجازهن، وعن أبي هريرة وابن عباس عن النبي (ص) قال: لا ينظر الله إلى رجل جامع امرأة في دبرها، رواهما ابن ماجه، وعن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: محاش النساء حرام عليكم.

وعن أبي هريرة عن النبي (ص) قال: من أتى حائضاً أو امرأة في دبرها أو كاهناً فصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد، رواه ابن كثير، فاما الآية فروى جابر قال: كان اليهود يقولون إذا جامع الرجل امرأته في فرجها من وراءها جاء الولد أحول فأنزل الله (نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أني شئتم) من بين يديها ومن خلفها غير أن لا يأتيها إلا في المآتي، متفق عليه، وفي رواية: وأنتها مقبلة ومدبرة إذا كان ذلك في الفرج، والآية الأخرى المراد بها ذلك.

(فصل)

فإن وطئ، زوجته في دبرها فلا حد عليه، لأن له في ذلك شبهة ويعزر لفعله المحرم، وعليها الغسل لأنه إيلاج فرج في فرج وحكمه حكم الوطء في القبل في إفساد العبادات وتقرير المهر وجوب العدة، وإن كان الوطء لأجنبية وجب حد اللوطى ولا مهر عليه، لأنه لم يفوت منفعة لها عوض في الشرع، ولا يحصل بوطء زوجته في الدبر أحصان إنما يحصل بالوطء الكامل، وليس هذا بوطء كامل والاحلال للزوج الأول لأن المرأة لا تذوق به عسيلة الرجل، ولا تحصل به الفية ولا الخروج من العنة لأن الوطء فيهما لحق المرأة؛ وحققها الوطء في القبل ولا يزول به الا اكتفاء بصيانتها في الاذن بالشكاح لأن بكارة الاصل باقية.

(فصل)

ولا بأس بالتلذذ بها بين الاليتين من غير إيلاج لأن السنة إنما وردت بتحريم الدبر فهو مخصوص بذلك ، ولأنه حرم لأجل الأذى وذلك مخصوص بالدبر فاختص التحريم به .

(فصل) والعزل مكروه ومعناه أن ينزع إذا قرب الإنزال فينزل خارجاً من الفرج ، رويت كراهته عن عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود ، وروى ذلك عن أبي بكر الصديق أيضاً لأن فيه تقليل النسل وقطع اللذة عن الموطوءة ، وقد حدث النبي صلى الله عليه وسلم : على تعاطى أسباب الولد فقال : تناكحوا تناسلوا تكثرُوا — وقال — سوداء ولود خير من حسناء عقيم ، إلا أن يكون الحاجة مثل أن يكون في دار الحرب فتدعو حاجته إلى الوطء فيطأ ويعزل ، ذكر الحرق في هذه الصورة أو تكون زوجته أمة فيخشى الرق على ولده أو تكون له أمة فيحتاج إلى وطنها وإلى بيعها .

وقد روى عن علي رضي الله عنه أنه كان يعزل عن إمامته ، فإن عزل من غير حاجة كره ولم يحرم ، ورويت الرخصة فيه عن علي وسعد بن أبي وقاص وأبي أيوب وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس والحسن بن علي وخباب بن الأرت وسعيد ابن المسيب وطاوس وعطاء والنخعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وروى أبو سعيد قال : ذكر ، يعني العزل عند رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : فلم يفعل أحدكم ؟ — ولم يقل فلا يفعل — فإنه ليس من نفس مخلوقة إلا الله خالقها ، متفق عليه ، وعنه أن رجلاً قال : يا رسول الله إن لي جارية وأنا أعزل عنها وأنا أكره أن تحمل وأنا أريد ما يريد الرجال وأن اليهود تحدث أن العزل المؤودة الصغرى قال : كذبت يهود لو أراد الله أن يخلقه ما استطعت أن تصرفه ، رواه أبو داود .

(فصل) ويجوز العزل عن أمته بغير إذنها ، نص عليه أحمد وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي ، وذلك لأنه لا حق لها في الوطء ولا في الولد ولذلك لم تملك المطالبة بالقسم ولا الفينة فلأن لا تملك المنع من العزل أولى ولا يعزل عن زوجته الحرة إلا بإذنها ، قال القاضي ظاهر كلام أحمد وجوب استئذان الزوجة في العزل

ويحتمل أن يكون مستحباً لأن حقها في الوطء دون الإنزال بدليل أنه يخرج به من الفينة والعنة ، وللشافعية في ذلك وجهان ، والاول أولى لما روى عن عمر رضي الله عنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها ، رواه الإمام أحمد في المسند وابن ماجه ، ولأن لها في الولد حقاً وعليها في العزل ضرر فلم يجوز إلا بإذنها فأما زوجته الأمة فيحتمل جواز العزل عنها بغير إذنها وهو قول الشافعية استدلالاً بمفهوم هذا الحديث .

وقال ابن عباس تستاذن الحرة ولا تستاذن الأمة ، ولأن عليه ضرراً في استرقاق ولده بخلاف الحرة ، ويحتمل أن لا يجوز إلا بإذنها لأنها زوجة تملك المطالبة بالوطء في الفينة والنسخ عند تعذره بالعنة ، وترك العزل من تمامة فلم يجوز بغير إذنها كالحرة .

(فصل : فإن عزل عن زوجته أو أمته ثم أتت بولد لحقه نسيب لما روى أبو داود عن جابر قال جاء رجل من الأنصار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إن لي جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمل فقال : اعزل عنها إن شئت فإنه سيأتيها ما قدر لها ، وقال أبو سعيد كنت أعزل عن جارية لي فولدت أحب الناس إلي ، ولأن الحقوق النسب حكم يتعلق بالوطء فلم يعتبر فيه الإنزال كسائر الأحكام ، وقد قيل إن الوطء في الفرج يحصل به الإنزال ولا يحس به .

(فصل في آداب الجماع)

تستحب التسمية قبل لقول الله تعالى (وقدموا لأنفسكم) قال عطاء هي التسمية عند الجماع ، وروى ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لو أن أحدكم حين يأتي أهله قال بسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقنا فولد بينهما ولد لم يضره الشيطان أبداً ، متفق عليه ، ويكره التجرد عند المجامعة لما روى عتبة بن عبيد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا أتى أحدكم أهله فليستر ولا يتجرد وتجرد العيرين ، رواه ابن ماجه وعن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا دخل الخلاء غطى رأسه وإذا أتى أهله غطى رأسه ولا يجامع بحيث يراها أحد أو يسمع حسنها ولا يقبلها ويأشهرها عند الناس ، قال أحمد :

ما يعجبني الا أن يكتم هذا كله ، وقال الحسن في الذي يجامع المرأة والأخرى
 تسمع قال كانوا يكرهون الوجس وهو الصوت الخفي ولا يتحدث بما كان بينه
 وبين أهله لما روى الحسن قال جلس رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الرجال
 والنساء فاقبل على الرجال ، فقال لعل أحكم يحدث بما يصنع بأهله إذا خلا ، ثم
 أقبل على النساء فقال ، لعل أحدا كن تحدث النساء بما يصنع بها زوجها ، قال فقالت
 امرأة انهم ليفعلون وأنا لفعل فقال ، لا تفعلوا فإنما مثل ذلكم كمثل شيطان لقي
 شيطانه فجامعا والناس ينظرون ، .

وروى أبو داود عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله معناه
 ولا يستقبل القبلة حال الجماع لأن عمرو بن حزم وعطاء كرها ذلك ويكره الاكثر
 من الكلام حال الجماع لما روى قيس بن قيس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ، لا تكثروا الكلام عند مجامعة النساء فإن منه يكون الحرس
 والفاقة ، ولأنه يكره الكلام حالة البول . وحال الجماع في معناه وأولى بذلك منه
 ويستحب أن يلاغب امرأته قبل الجماع لتنهض شهوتها فتال من لذة الجماع
 مثل ما ناله .

وقد روى عن عمر بن عبد العزيز عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :
 ، لا توافعها الا وقد أتاها من الشهوة مثل ما أتاك لكيلا تسبقها بالفراع . قلت
 وذلك الى ؟ قال - نعم انك تقبلها وتغمرها وتلبسها فإذا رأيت أنه قد جاءها مثل
 ما جاءك وافعتها ، فإن فرغ قلبها كره له النزاع حتى تفرغ لما روى أنس بن مالك
 قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، اذا جامع الرجل أهله فليقصدها ثم اذا
 قضى حاجته فلا يعجلها حتى تقضى حاجتها ، ولأن في ذلك ضرراً عليها ومنعاً لها
 من قضاء شهوتها ، ويستحب للمرأة أن تتخذ خرقة تناولها الزوج بعد فراغه
 فيتمسح بها فان طائشة قالت ينبغي للمرأة اذا كانت عاقلة أن تتخذ خرقة فاذا
 جامعها زوجها تناولته فمسح عنه ثم مسح عنها فيصليان في ثوبهما ذلك ما لم تصبه
 جنابة ولا بأس أن يجمع بين نسائه وامائه بغسل واحد لما روى عن أنس قال
 سكبت لرسول الله صلى الله عليه وسلم من نسائه غسلاً واحداً في ليلة واحدة فإن
 حدث الجنابة لا يمنع الوطء بدليل اتمام الجماع ، قال أحمد اذا أراد أن يعو دفاجب

إلى الوضوء فإن لم يفعل فارجو أن لا يكون به بأس ولأن الوضوء يزيد نشاطاً ونظافة فاستحب وأن اغتسل بين كل وطينتين فهو أفضل فإن أبا رافع روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف على نسائه جميعاً فاغتسل عند كل امرأة منهن غسلاً فقلت يا رسول الله لو جعلته غسلاً واحداً ؟ قال هذا أزكى وأطيب وأطهر ، رواه أحمد في المسند .

وروى أحمد في هذا الفصل كلها أبو حفص العكبري ، وروى ابن بطة بإسناده عن أبي سعيد قال : قال رسول الله (ص) : إذا جامع الرجل أول الليل ثم أراد أن يعود توطأ وضوءه للصلاة .

(فصل) وليس للرجل أن يجمع بين امرأته في مسكن واحد بغير رضاهما صغيراً كان أو كبيراً لأن عليهما ضرراً لما بينهما من العداوة والغيرة واجتماعهما يثير المخاضة والمقاتلة وتسمع كل واحد منهما حسه إذا أتى إلى الأخرى أو ترى ذلك فإن رضيتا بذلك جاز لأن الحق لهما فلهما المساحة بتركه وكذلك إن رضيتا بنومه بينهما في لحاف واحد ، وإن رضيتا بأن يجمع واحدة بحيث تراه الأخرى لم يجز لأن فيه دناءة وسخفاً وسقوط مروءة فلم يباح برضاها وإن أسكنهما في دار واحدة كل واحدة في بيت جاز إذا كان ذلك مسكن مثلاً .

(فصل) روى عن النبي (ص) أنه قال : أنعجبون من غيرة سعد ؟ لأنا أغير منه والله أغير مني ، وعن علي رضي الله عنه قال : بلغني أن نساءكم ليواحن العروج في الأسواق أما تغارون ؟ إنه لا خير فيمن لا يغار ، وقال محمد بن علي بن الحسين كان إبراهيم عليه السلام غيوراً وما من امرئ لا يغار إلا منكوس القلب .

مسألة ، قال أبو القاسم (وهل الرجل أن يساوي بين زوجاته في القسم)

لا نعم بين أهل العلم في وجوب التسوية بين الزوجات في القسم خلافاً وقد قال الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) وليس مع الميل معروف ، وقال الله تعالى (فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة)

وروى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل ، وعن عائشة قالت : كان

رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم بيننا فيعدل ثم يقول : اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما لا أملك ، رواهما أبو داود .

إذا ثبت هذا : فإنه إذا كان عنده نسوة لم يجوز له أن يتدى به بواحدة منهن إلا بقرعة لأن البداءة بها تفضيل لها والتسوية واجبة ولأنهن متساويات في الحق ولا يمكن الجمع بينهن فوجب المصير إلى القرعة كما لو أراد السفر بأحدهن فإن كاتباً اثنتين كفاه قرعة واحدة وبصير في الليلة الثانية إلى الثانية بغير قرعة لأن حقها متعين وإن كن ثلاثاً أقرع في الليلة الثانية للبداءة بأحدى الباقيتين ، وإن كن أربعاً أقرع في الليلة الثالثة وبصير في الليلة الرابعة إلى الرابعة بغير قرعة ، ولو أقرع في الليلة الأولى فجعل سهمها للأولى وسهماً للثانية وسهماً للثالثة وسهماً للرابعة ثم أخرجها عليهن مرة واحدة جاز وكان لكل واحدة ما خرج لها .

(فصل)

ويقسم المريض والمجرب والعنيد والخنثى والخصى وبذلك قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي لأن القسم للأنس وذلك حاصل من لا يطق ، وقد روت عائشة : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما كان في مرضه جعل يدور في نسائه ويقول أين أنا غداً ؟ أين أنا غداً ؟ ، رواه البخاري فإن شق عليه ذلك استأذنهن في الكون عند أحدهن كما فعل النبي (ص) .

قالت عائشة : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث إلى النساء فاجتمعن قال : إني لا أستطيع أن ادور بينكن فإن رأيتم أن تأذن لي فأكون عند عائشة فعلن فأذن له ، رواه أبو داود ، فإن لم يأذن له أقام عند أحدهن بالقرعة أو اعتزلهن جميعاً إن أحب . فإن كان الزوج مجنوناً لا يخاف منه طاف به الولي عليهن ، إن كان يخاف منه فلا قسم عليه لأنه لا يحصل منه أنس ولا فائدة وإن لم يعدل الولي في القسم بينهن ثم أفاق المجنون فعليه أن يقضى للمظلومة لأنه حق ثبت في ذمته فلزمه إيفاؤه حال الافاقة كالمال .

(فصل) ويقسم للبريضة والرتقاء والحائض والنفساء والمحرمة والصغيرة الممكن وظوؤها وكلهن سواء في القسم ، وبذلك قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، وكذلك التي ظاهر منها لأن القصد الإبراء والسكن

والأنس وهو حاصل لمن : وأما المجنونة فإن كانت لا يخاف منها فهي كالضحية
وان غاف منها فلا قسم لها لأنه لا يأمنها على نفسه ولا يحصل لها أنس ولا بها .

(فصل) ويجب قسم الابتداء ومعناه أنه اذا كانت له امرأة لزمه المبيت عندها
ليلة من كل أربع ليال عالم يكن عذر ، وان كان له نساء فلكل واحدة منهن ليلة
من كل أربع : وفيه قال الثوري وأبو ثور .

وقال القاضي في المجرى لا يجب قسم الابتداء الا أن يترك الوطء مصرا فإن
تركه غير مصر لم يلزمه قسم ولا وطء لان أحد قال اذا وصل الرجل الى امرأته
مرة بطل أن يكون عينا أي لا يؤجل ، وقال الشافعي لا يجب قسم الابتداء بحال
لان القسم لحقه فلم يجب عليه .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم اعبد الله بن عمرو بن العاص يا عبد الله
، ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل ؟ ، قلت بلى يا رسول الله قال ، فلا تفعل
صم ، وأفطر ، وقم ، ونم ؛ فإن لجسدك عليك حقا ، وإن لعينك عليك حقا وإن
لزوجك عليك حقا ، متفق عليه .

فأخبر أن للمرأة عليه حقا وقد اشتهرت قصة كعب بن سور رواها عمر
ابن شبة في كتاب قضاة البصرة من وجوه احدها عن الشعبي أن كعب بن سور
كان جالسا عند عمر بن الخطاب فجاءت امرأة فقالت يا أمير المؤمنين ما رأيت
رجلا قط أفضل من زوجي والله انه ليبيت ليلة قائما ويظل نهاره صائما فاستغفر
لها وأثنى عليها واستحيت المرأة وقامت راجعة فقال كعب يا أمير المؤمنين هلا
أعديت المرأة على زوجها ؟ فجاء فقال لكعب اقض بينهما فإنك نهيت من أمرهما
ما لم أفهم قال فاني أرى كأنها امرأة عليها ثلاث نسوة هي رابعتهن فأقضى له بثلاثة
أيام وليالين يتعبد فيهن ولها يوم وليلة فقال عمر والله ما رأيتك الا أول بأعجب الى
من الآخر اذهب فانت قاض على أهل البصرة ، وفي رواية فقال عمر : نعم القاضي
أنت ، وهذه قضية انتشرت فلم تنكر فكانت اجماعا ، ولانه لو لم يكن حقا لم تستحق
فسخ النكاح لتعذره بالجب والعنة وامتناعه بالايلاء ، ولانه لو لم يكن حقا للمرأة
ملك الزوج تخصيص احدي زوجتيه به كالزيادة في النفقة على قدر الواجب .

اذا ثبت هذا فقال أصحابنا حق المرأة ليلة كل من أربع وللأمة ليلة من كل سبع

لان أكثر ما يمكن أن يجمع معها ثلاث حرائر ولها السابعة والذي يقوى عندي
 أن لها ليلة من ثمان لتكون على النصف مما للحررة فإن حق الحررة من كل ثمان
 ليلتان ليس لها أكثر من ذلك ، فلو كان للأمة ليلة من سبع لزيد على النصف
 ولم يكن للحررة ليلتان وللأمة ليلة : ولأنه إذا كان تحت ثلاث حرائر وأمة فلم يرد
 أن يزيد من على الواجب لمن قسم بينهما فإذا يصنع في الليلة الثامنة ؛ أن
 أوجبنا عليه مبيتها عند حررة فقد زادها على ما يجب لها ، وإن باتها عند الأمة جعلها
 كالحررة ولا سبيل إليه : وعلى ما اخترت تكون هذه الليلة الثامنة له ، وإن أحب
 انفراد فيها وإن أحب بات عند الأولى مستاقفا للقسم ، وإن كان عنده حررة وأمة
 قسم لمن ثلاث ليل من ثمان وله الانفراد في خمس : وإن كان تحت حرتان وأمة فلهن
 خمس وله ثلاث وإن كان حرتان وأمتان فلهن ست وله اثنتان وإن كانت أمة
 واحدة فله ليلة وله سبع ، وعلى قولهم لها ليلة وله ست .

فصل

والوطء واجب على الرجل إذا لم يكن له عذر ، وبه قال مالك ، وعلى قول
 القاضى : لا يجب إلا أن يتركه الاضرار ، وقال الشافعى : لا يجب عليه ، لأنه حق
 له فلا يجب عليه كسائر حقوقه .

ولنا ما تقدم في الفصل الذى قبله : وفي بعض روايات حديث كعب أنه حين
 قضى بين الرجل وامرأته قال ان لها عليك حقاً يا بعل تصيبها في أربع لمن عدل
 فأعطها ذاك ودع عنك العلل فاستحسن عمر قضاءه ورضيه ، ولأنه حق واجب
 بالاتفاق وإذا حلف على تركه فيجب قبل أن يخلف كسائر الحقوق الواجبة ، يحقق
 هذا أنه لو لم يكن واجباً لم يصر باليمين على تركه واجباً كسائر ما لا يجب ، ولأن
 النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنها وهو مفض الى دفع ضرر
 الشهوة عن المرأة كإفضاؤه الى دفع ذلك عن الرجل فيجب تعليله بذلك ويكون
 النكاح حقاً لهما جميعاً ، ولأنه لو لم يكن لهما فيه حق لما وجب استئذانها
 في العزل كالامة .

إذا ثبت وجوبه فهو مقدر بأربعة أشهر ، نص عليه أحمد ووجهه أن الله تعالى
 قدره بأربعة أشهر في حق المولى فكذلك في حق غيره ، لأن اليمين لا تؤمّن

ما حلف على تركه فبدل على الله واجب بدونها فإن أصر على ترك الوطء وطالبت المرأة فقد روى ابن منصور عن أحمد في رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها يقول غدا أدخل بها غدا أدخل بها إلى شهر هل يجبر على الدخول؟ فقال: أذهب إلى أربعة أشهر إن دخل بها وإلا فرق بينهما فجعله أحمد كالمولى.

وقال أبو بكر بن جعفر لم يرو مسألة ابن منصور غيره وفيها نظر، وظاهر قول أصحابنا أنه لا يفرق بينهما لذلك وهو قول أكثر الفقهاء لأنه لو ضرب له المدة لذلك وفرق بينهما لم يكن للإيلاء أثر ولا خلاف في اعتباره.

(فصل)

وإن سافر عن امرأته لعذر بحاجة سقط جفها من القسم والوطء، وإن طال سفره ولذلك لا يصح نكاح المفقود إذا ترك لامرأته نفقة، وإن لم يكن له عذر مانع من الرجوع فإن أحمد ذهب إلى توقيته ستة أشهر فإنه قيل له كم يغيب الرجل عن زوجته، قال ستة أشهر يكتب إليه فإن أبى أن يرجع فرق الحاكم بينهما، وإنما صار إلى تقديره بهذا الحديث عمر زواه أبو حفص بإسناده عن زيد بن أسلم قال: بينا عمر بن الخطاب يلحرس المدينة فرأى امرأة في بيتها وهي تقول:

تطاول هذا الليل وأسود جانبه وطال على أن لا خليل إلا ع

ووالله لو لا خشية الله وحده لحرك من هذا السرير جوانبه

فسأل عنها عمر فقيل له هذه فلاتة زوجها غائب في سبيل الله فأرسل إليها امرأة تكون معها ويبحث إلى زوجها فأقبله ثم دخل على جفصة فقال يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها، فقالت سبحان الله مثلك يسأل عتلى عن هذا، فقال: لو لا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك قالت: خمسة أشهر، ستة أشهر، فوقت للناس في مغازيتهم ستة أشهر يسرون شهرا ويقيمون أربعة ويسبرون شهرا راجعين، وسئل أحمد كم للرجل أن يغيب عن أهله، قال يروى ستة أشهر وقد يغيب الرجل أكثر من ذلك لأمر لا بد له فإن غاب أكثر من ذلك لغير عذر فقال بعض أصحابنا: يرايه الحاكم فإن أبى أن يقدم فسخ نكاحه ومن قال لا يفسخ نكاحه

إذا ترك الوطء وهو حاضر فنهنا أولى وفي جميع ذلك لا يجوز الفسخ عند من يراه
الابحكم حاكم لأنه مختلف فيه .

(فصل) وسئل أحمد يوجب الرجل أن يأتي أهله وليس له شهوة ؟ فقال إني
واقف بحسب الولد وإن لم يرد الولد يقول هذه امرأة شابة لم لا يوجب ؟ وهذا
صحيح فإن أبا ذر روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « مباحضتك أهلك
حديقة » قلت يا رسول الله أنصيب شهوتنا وتوجب ؟ قال — أرايت لو وضعه
في غير حقه كان عليه وزر ، قال قلت بلى قال — أفحتسبون بالسبقة ولا يفتسبون
بالخير ، ولأنه وسيلة إلى الولد وإعفاف نفسه وامراته وغض بصره وسكون نفسه
أو إلى بعض ذلك .

(فصل) وليس عليه التسوية بين نسائه في النفقة والكسوة إذا قام بالواجب
لكل واحدة منهن ، قال أحمد في الرجل له امرأتان : له أن يفضل أحدهما على
الأخرى في النفقة والشهوات والكسوة إذا كانت الأخرى في كفاية ويشترى لهذه
أرفع من ثوب هذه وتكون تلك في كفاية وهذا لأن التسوية في هذا كله تشق
فلو وجب لم يمكنه القيام به إلا بخرج فسقط وجوبه كالتسوية في الوطء .

مسألة ، قال (وعمار القسم الليل)

لا خلاف في هذا ، وذلك لأن الليل للسكن والايواء يأوى فيه الإنسان إلى
مزله ويسكن إلى أهله وينام في فراشه مع زوجته عادة : والنهار للمعاش والخروج
والتكسب والاشتغال ، قال الله تعالى (وجعل الليل سكنا) وقال تعالى (وجعلنا
الليل لباسا وجعلنا النهار معاشا) وقال (ومن رحمة جعل لكم الليل والنهار
لتسكنوا فيه ولتبتغوا من فضله) فلي هذا يقسم الرجل بين نسائه ليلة وليلة
ويكون في النهار في معاشه وقضاء حقوق الناس وما شاء مما يباح له إلا أن يكون
من معاشه بالليل كالحراس ومن أشبههم فانه يقسم بين نسائه بالنهار ويكون الليل
في حقه كالنهار في حق غيره .

(فصل) والنهار يدخل في القسم تبعاً لليل بدليل ما روى أن سودة وهبت
بومها ثمانمائة متفق عليه ، وقالت عائشة : قبض رسول الله (ص) في بيتي وفي يومئذ

وإنما قبض النبي صلى الله عليه وسلم نهاراً ويشتبع اليوم الليلة الماضية ولأن النهار تابع لليل ، ولهذا يكون أول الشهر الليل ولو نذر اعتكاف شهر دخل معتكفه قبل غروب شمس الشهر الذي قبله ، ويخرج منه بعد غروب شمس آخر يوم منه فيبدأ بالليل ، وإن أحب أن يجعل النهار مضافاً إلى الليل الذي يتعقبه جاز ، لأن ذلك لا يتفاوت . . .

(فصل) فإن خرج من عند بعض نسائه في زمانها ، فإن كان ذلك في النهار أو أول الليل أو آخره الذي جرت العادة بالانتشار فيه والخروج إلى الصلاة جاز فإن المسلمين يخرجون لصلاة العشاء وصلاة الفجر قبل طوعه .

وأما النهار : فهو للعاش والانتشار ، وإن خرج في غير ذلك ولم يلبث أن عاد . لم يقض لها لأنه لا فائدة في قضاء ذلك وإن أقام قضاءها ، سواء كانت إقامة لعذر من شغل أو حبس أو لغیر عذر ، لأن حقها قد فات بغيبته عنها ، وإن أحب أن يجعل قضاءه لذلك غيبته عن الأخرى مثل ما غاب عن هذه جاز ، لأن التسوية تحصل بذلك ، ولأنه إذا جاز له ترك الليلة بكاملها في حق كل واحدة منهما ، فيعجزها أولى ، ويستحب أن يقضى لها في مثل ذلك الوقت لأنه أبلغ في المائلة ، والقضاء تعتبر المائلة فيه كقضاء العبادات والحقوق ، وإن قضاء في غيره من الليل مثل : أن فاتها في أول الليل ، فقضاء في آخره ، أو من آخره فقضاء في أوله فيه وجهان : . . .

أحدهما : يجوز ، لأنه قد قضى قدر ما فاته من الليل ، والآخر لا يجوز لعدم المائلة : إذا ثبت هذا ، فإنه لا يمكن قضاؤه كله من ليلة الأخرى لثلاثين حق الأخرى فتحتاج إلى قضاء ، ويمكن إما أن يتفرد بنفسه في ليلة فيقضى منها ، وإما أن يقسم ليلة بينهما ، ويفضل هذه بقدر ما فات من حقها ، وإما أن يترك من ليلة كل واحدة مثل ما فات من ليلة هذه ، وإما أن يقسم المتروك بينهما مثل أن يترك من ليلة إحداهما ساعتين ، فيقضى لها من ليلة الأخرى ساعة واحدة ، فيصير الفائت على كل واحدة منهما ساعة .

(فصل) وأما الدخول على ضررتها في زمانها ، فإن كان ليلاً لم يجوز إلا لضرورة مثل أن يكون منزولاً بها ، فيريد أن يحضرها ، أو ترضى إليه ، أو ما لا بد منه ،

فإن فعل ذلك ، ولم يلبث أن خرج لم يقض ، وإن أقام وبرعت المرأة المريضة ،
فقطى للأخرى من ليلتها بقدر ما أقام عندها ، وإن خرج لحاجة غير ضرورية أتم
والحكم في القضاء كما لو دخل لضرورة ، لأنه لا فائدة في قضاء اليسير ، وإن دخل
عليها لجامعها في زمن يسير ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يلزمه قضاءه ، لأن الوطء لا يستحق في القسم ، والزمن اليسير
لا يقضى ، والثاني : يلزمه أن يقضيه ، وهو أن يدخل على المظلومة في ليلة الجمعة
فيجامعها ليعدل بينهما ، ولأن اليسير مع الجماع يحصل به السكن ، فاشبه الكثير ،
وأما الدخول في النهار إلى المرأة في يوم غيرها ، فيجوز للحاجة من دفع النفقة ،
أو عيادة أو سؤال عن أمر يحتاج إلى معرفته أو زيارتها لبعدها بها ونحو ذلك
لما روت عائشة قالت ، كان رسول الله (ص) يدخل على في يوم غيري فينال مني
كل شيء إلا الجماع ، وإذا دخل إليها لم يجامعها ولم يطل عندها ، لأن السكن يحصل
بذلك وهي لا تستحقه ، وفي الاستمتاع منها بما دون الفرج وجهان

أحدهما : يجوز لحديث عائشة ، والثاني : لا يجوز ، لأنه يحصل لها به السكن
فاشبه الجماع . فإن أطال المقام عندها قضاء ، وإن جامعها في الزمن اليسير
ففيه وجهان على ما ذكرنا ، ومذهب الشافعي على نحو ما ذكرنا ، إلا أنهم قالوا
لا يقضى إذا جامع في النهار .

ولنا أنه زمن يقضيه إذا طال المقام فيقضيه إذا جامع فيه كالليل .

(فصل)

والأولى أن يكون لكل واحدة منهن مسكن يأتيها فيه ، لأن رسول الله صلى
الله عليه وسلم كان يقسم هنكذا ، ولأنه أصون ابن وأستر حتى لا يخرجن من
بيوتهن ، وإن اتخذ لنفسه منزلا يستدعى إليه كل واحدة منهن في ليلتها ويومها
كان له ذلك ، لأن للرجل نقل زوجته حيث شاء ، ومن امتنعت منهن من إجابته
سقط حقها من القسم لتشوزها ، وإن اختار أن يقصد بعضهن في منازلهن ويستدعى
البعض ، كان له ذلك ، لأن له أن يسكن كل واحدة منهن حيث شاء ، وإن حبس
الزوج فأحب القسم بين نسائه ، بأن يستدعى كل واحدة في ليلتها : فطعن طاعته
أن كان ذلك سكني مثلهن ، وإن لم يكن لم يلزم من إجابته ، لأن عليهن في ذلك ضرورة

وان اطعته لم يكن له ان يترك العدل بينهما ، ولا استغناء بعضهن دون بعض
 كما في غير الحبس .

مسألة ، قال (ولو وطئ زوجته ولم يطأ الاخرى فليس بعاص)

لا نعلم خلافا بين اهل العلم في انه لا تجب التسوية بين النساء في الجماع وهو
 مذهب مالك والشافعي ، وذلك لان الجماع طريقه الشهوة والميل ، ولا سبيل الى
 التسوية بينهما في ذلك ، فان قلبه قد يميل الى احدهما دون الاخرى ، قال الله تعالى
 (ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم) .

قال عبيدة السلماني في الحب والجماع : وان امكنت التسوية بينهما في الجماع
 كان احسن وأولى ، فإنه أبلغ في العدل ، وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يقسم
 بينهما فيعدل ، ثم يقول : اللهم هذا قسمي فيما أملك ، فلا تُلني فيما لا أملك ،
 وروى أنه كان يسوي بينهما حتى في القبل ، ولا تجب التسوية بينهما في الاستمتاع
 بما دون الفرج من القبل واللمس ونحوهما ، لأنه اذا لم تجب التسوية في الجماع ،
 ففي دواعيه أولى .

مسألة ، قال (ويقسم لزوجته الأمة ليله ، وللحرة ليلتين وان كانت كتابية)

وهذا قال علي بن أبي طالب وسعيد بن المسيب ومسروق والشافعي واسحاق
 وأبو عبيد ، وذكر أبو عبيد أنه مذهب الثوري والاوزاعي وأهل الرأي ، وقال
 مالك في إحدى الروايتين عنه : يسوي بين الحرة والأمة في القسم لانهما سواء في
 تحقوق النكاح من النفقة والسكنى ، وقسم الابتداء كذلك هنا .

ولنا ما روى عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول : اذا تزوج الحرة على الأمة
 قسم للأمة ليله وللحرة ليلتين ، رواه الدارقطني . واحتج به أحمد ، ولأن الحرة
 يجب تسليمها ليلا ونهاراً ، فكان حظها أكثر في الإيواء ، ويخالف النفقة
 والسكنى فإنه مقدر بالحاجة ، وحاجتها الى ذلك كمحاجة الحرة ، وأما قسم الابتداء
 فإما شرع ليزول الاحتشام من كل واحد منهما من صاحبه : ولا يختلفان في ذلك
 وفي أمسا لهما يقسم لهما ليتساوى حظهما .

لبا (فصل) والمثلية والكتابية سواء في القسم ، فلو كان له إمرأتان ، أمة مسلمة

وحررة كناية : قسم للأمة ليلة والحررة ليلتين ، وإن كانتا جميعا حررتين فليلة وليلة
قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن القسم بين
المسلة والذمية سواء ، كذلك قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي والنخعي
والزهري والحكم وحماد ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ،
وذلك لأن القسم من حقوق الزوجية ، فاستوت فيه المسلة والكناية ، كالنفقة
والسكنى : ويفارق الأمة ، لأن الأمة لا يتم تسليمها ، ولا يحصل لها الإيواء
التام بخلاف الكناية .

(فصل) فإن اعتقت الأمة في أثناء مدتها أضاف إلى ليلتها ليلة أخرى
لتساوي الحرية ، وإن كان بعد انقضاء مدتها استوتفت القسم متساويا ، ولم يقض
لها ما مضى : لأن الحرية حصلت بعد استيفاء حقها وإن عتقت ، وقد قسم للحررة
ليلة لم يرد لها على ذلك لأنها تساوى فيسوى بينهما .

(فصل)

والحق في القسم للأمة دون سيدها فلها أن تهب ليلتها لزوجها وبعض
ضرائرها كالحررة ، وليس لسيدها الاعتراض عليها ، ولا أن يهبه دونها ، لأن
الإيواء والسكنى حق لها دون سيدها فملكك إسقاطه . وذكر القاضي أن قياس
قول أحمد أنه يستأذن سيد الأمة في العزل عنها ، أن لا يجوز هبتها لحقها من القسم
إلا بإذنه ولا يصح هذا ، لأن الوطء لا يتناول القسم فلم يكن للولى فيه حق ،
ولأن المطالبة بالقيسة للأمة دون سيدها ، وفسخ النكاح بالجلب والعنة لها دون
سيدها ، فلا وجه لإثبات الحق له ههنا ،

(فصل) ولا قسم على الرجل في ملك يمينه ، فمن كان له نساء وإماء فله
الدخول على الإماء كيف شاء ، والاستمتاع بهن أن شاء كالنساء ، وإن شاء أقل :
وإن شاء أكثر . وإن شاء ساوى بين الإماء ، وإن شاء فضل : وإن شاء استمتع
من بعضهن دون بعض ، بدليل قول الله تعالى (فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة
أو ما ملكت أيمانكم) وقد كان للنبي صلى الله عليه وسلم مارية القبطية وريحانة ،
فلم يكن يقسم لهما ، ولأن الأمة لا حق لها في الاستمتاع ، ولذلك لا يثبت لها

الخيار يكون السيد مجبوراً أو عنيماً ، ولا تضرب لها مدة الإيلاء . لكن إن احتاجت إلى النكاح فعليه إعفافها ، إما بوطنها أو تزويجها أو بيعها .

(فصل) ويقسم بين نسائه ليلة ليلة ، فإن أحب الزيادة على ذلك لم يجز إلا برضاها ، وقال القاضي : له أن يقسم ليلتين ليلتين وثلاثاً ثلاثاً ، ولا تجوز الزيادة على ذلك إلا برضاها ، والأولى مع هذا ليلة وليلة لأنه أقرب لعهدن به ، وتجوز الثلاث لأنها في حد القلة . فهي كالليلة ، وهذا مذهب الشافعي .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما قسم ليلة وليلة ولأن التسوية واجبه وإنما جوزت البداءة بواحدة لتعذر الجمع فإذا بات عند واحدة ليلة تعينت الليلة الثانية حقاً للآخرى فلم يجز جعلها للأولى بغير رضاها ، ولأنه تأخير لحقوق بعضهم فلم يجز بغير رضاها كالزيادة على الثلاث ، ولأنه إذا كان له أربع نسوة فجعل لكل واحدة ثلاثاً حصل تأخير الأخيرة في تسع ليال ، وذلك كثير فلم يجز ، كما لو كان له امرأتان فأراد أن يجعل لكل واحدة تسعاً ، ولأن للتأخير آفات فلا يجوز مع إمكان التعجيل بغير رضا المستحق كتأخير الدين الحال ، والتحديد بالثلاث تحكم لا يسمع من غير دليل ، وكونه في حد القلة لا يوجب جواز تأخير الحق كالديون الحالة وسائر الحقوق .

(فصل) فإن قسم لإحدهما ثم طلق الآخرى قبل قسمها أتم لأنه فوت حقها الواجب لها ، فإن عادت إليه برجعة أو نكاح قضى لها لأنه قدر على إيفاء حقها فلزمه كالمعسر إذا أيسر بالدين ، فإن قسم لإحدهما ثم جاء ليقسم للثانية فأغلقت الباب دونه أو منعه من الاستمتاع بها أو قالت لا تدخل علي أو لا تبث عندي أو ادعت الطلاق سقط حقها من القسم ، فإن عادت بعد ذلك إلى المطاوعة استأنف القسم بينهما ولم يقض الناشئ لأنها أسقطت حق نفسها ، وإن كان له أربع نسوة فأقام عند ثلاث منهن ثلاثين ليلة لزمه أن يقيم عند الرابعة عشرًا لتساوين ، فإن نشرت إحداها عليه وظلم واحدة فلم يقسم لها وأقام عند الاثنين ثلاثين ليلة ثم أطاعته الناشئ وأراد القضاء للظلومة فإنه يقسم لها ثلاثاً وللناشئ ليلة خمسة أدوار فيكمل للظلومة خمس عشرة ليلة ويحصل للناشئ خمس ثم يستأنف القسم بين الجميع فإن

كان له ثلاث نسوة فقسم بين اثنتين ثلاثين ليلة وظلم الثالثة ، ثم تزوج جديدة ثم أراد أن يقضى للظلومة فانه يخصر الجديدة بسبع ان كانت بكراً وثلاث ان كانت ثيباً لحق العقد ثم يقسم بينها وبين المظلومة خمسة أدوار على ما قدمنا للظلومة من كل دور ثلاثاً وواحدة للجديدة

(فصل) فان كان امرأتاه في بلدين فعليه العدل بينهما لانه اختار المباحة بينهما فلا يسقط حقهما عنه بذلك فاما ان يمضي الى الغائبة في أيامها ، واما ان يقدمها اليه ويجمع بينهما في بلد واحد ، فان امتنعت من القدوم مع الامكان سقط حقها لتشوزها ، وان أحب القسم بينهما في بلديهما لم يمكن أن يقسم ليلة وليلة فيجعل المدة بحسب ما يمكن كشهر وشهر وأكثر أو أقل على حسب ما يمكنه وعلى حسب تقارب البلدين وتباعدهما

(فصل)

ويجوز للمرأة أن تهب جقها من القسم لزوجها أو لبعض ضرائرها أو لمن جميعا : ولا يجوز الا برضى الزوج لان حقه في الاستمتاع بها لا يسقط الا برضاه فاذا رضيت هي والزوج جاز لان الحق في ذلك لها لا يخرج عنها . فان أبت الموهوبة قبول الهبة لم يكن لها ذلك لان حق الزوج في الاستمتاع بها ثابت في كل وقت ، انما منعه المزاحمة بحق صاحبها ، فاذا زالت المزاحمة بجهتها ثبت حقه في الاستمتاع بها ، وان كرهت كما لو كانت منفردة . وقد ثبت ، أن سودة وهبت يومها لعائشه فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم لعائشه يومها ويوم سودة ، متفق عليه . ويجوز ذلك في جميع الزمان وفي بعضه . فان سودة وهبت يومها في جميع زمانها .

وروى ابن ماجه عن عائشه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وجد على صفية بنت حي في شيء . فقالت صفية لعائشه : هل لك أن ترضي عني رسول الله صلى الله عليه وسلم ولك يومى ؟ فأخذت خماراً مصبوغاً بزعفران فرشته ليفوح ريحه ثم اختمرت به وقعدت الى جنب النبي صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اليك يا عائشة انه ليس بومك ، قالت ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء ، فأخبرته بالامر فرضى عنها

فإذا ثبت هذا فإن وهبت ليلتها لجميع ضرائرها صار القسم بينهما كما لو طلق الواهبة ، وإن وهبتها للزوج فله جعلها لمن شاء لأنه لا ضرر على الباقيات في ذلك إن شاء جعله للجميع ، وإن شاء خص بها واحدة منهن ، وإن شاء جعل لبعضهن فيها أكثر من بعض ، وإن وهبتها لواحدة منهن كفعل سودة جاز ، ثم إن كانت تلك الليلة تلي ليلة الموهوبة وإلى بينهما ، وإن كانت لا تليها لم يجز له الموالاة بينهما إلا برضا الباقيات ، ويجعلها لها في الوقت الذي كان للواهبة لأن الموهوبة قامت مقام الواهبة في ليلتها فلم يجز تغييرها عن موضعها كما لو كانت باقية للواهبة ، ولأن في ذلك تأخير حق غيرها وتغييراً ليلتها بغير رضاها فلم يجز ، وكذلك الحكم إذا وهبتها للزوج فأثر بها امرأة منهن بعينها ، وفيه وجه آخر أنه يجوز الموالاة بين الليلتين لعدم الفائدة في التفريق ، والاول أصح وقد ذكرنا فيه فائدة فلا يجوز اطراحها ، ومتى رجعت الواهبة في ليلتها فلها ذلك في المستقبل لأنها مبهمة لم تقبض وليس لها الرجوع فيها معصية لأنه بمنزلة المقبوض . ولو رجعت في بعض الليل كان على الزوج أن ينتقل إليها فإن لم يعلم حتى أتم الليلة لم يقض لها شيئاً لأن التفريط منها .

(فصل) فإن بدلت ليلتها بمال لم يصح لأن حقها في كون الزوج عندها وليس ذلك بمال فلا يجوز مقابله بمال فإذا أخذت عليه مالا لزمها رده وعليه أن يقضى لها لأنها تركته بشرط العوض ولم يسلم لها ، وإن كان عوضها غير المال مثل ارضاء زوجها أو غيره عنها جاز ، فإن عاتشة أرضت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفة وأخذت يومها وأخبرت بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينكره .

مسألة ، قال (وإذا سافرت زوجته يادته فلا نفقة لها ولا قسم وإن كان هو أشخصها فهي على حقها من ذلك)

وجملة الأمر أنها إذا سافرت في حاجتها باذن زوجها لتجارة لها أو زيارة أو حج تطوع أو غيره لم يبق لها حق في نفقة ولا قسم ، هكذا ذكر الحرقى والقاضى ، وقال أبو الخطاب في ذلك وجهان : وللشافعى فيه قولان ، أحدهما : لا يسقط حقها لأنها سافرت ببلدته أشبه بما لو سافرت معه .

ولنا أن القسم للأنس ، والتفقة للتمكين من الاستمتاع وقد تعذر ذلك بسبب من جهتها فسقط كما لو تعذر ذلك قبل دخوله بها ، وفارق ما إذا سافرت معه لأنه لم يتعذر ذلك ، ويحتمل أن يسقط القسم وجهاً واحداً لأنه لو سافر عنها بسقط قسمها والتعذر من جهته فإذا تعذر من جهتها يسفرها كان أولى ويكون في التفقة الزوجان ، وفي هذا تنبيه على سقوطهما إذا سافرت بغير إذنه فإنه إذا سقط حقها من ذلك لعدم التمكين بأمر ليس فيه نشوز ولا معصية فلأن يسقط بالنشوز والمعصية أولى ، وهذا لا خلاف فيه نعله .

فأما أن اشخصها وهو أن يعيشا لحاجته أو بأمرها بالتفقة من بلدها لم يسقط حقها من نفقة ولا قسم لأنها لم تفوت عليه التمكين ولا فوات من جهتها ، وإنما حصل بتفويته فلم يسقط حقها كما لو أتلّف المشتري المبيع لم يسقط حق البائع من تسليم ثمنه إليه . فملى هذا يقضى لها بحسب ما أقام عند ضربها ، وإن سافرت معه فهي على حقها منهما جميعاً .

مسألة ، قال (وإذا أراد سفرأ فلا يخرج معه منهن الا بقرعة فإذا قدم ابتداء القسم بينهما)

وجملته أن الزوج إذا أراد سفرأ فأحب حمل نسائه معه كلهن أو تركهن كلهن لم يحتاج الى قرعة لأن القرعة لتعيين المخصوصة منهن بالسفر وهما قد سوى ، وإن أراد السفر ببعضهن لم يجز له أن يسافر بها الا بقرعة ، وهذا قول أكثر أهل العلم وحكى عن مالك أن له ذلك من غير قرعة وليس بصحيح فإن عائشة روت ، أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد سفرأ أقرع بين نسائه وأبنتهن خرج سهمها خرج بها معه ، متفق عليه ، ولأن في المسافرة يفضل من غير قرعة تفضيلاً لها وميلاً إليها فلم يجز بغير قرعة كالبداية بها في القسم .

وإن أحب المسافرة بأكثر من واحدة أقرع أيضاً فقد روت عائشة ، أن النبي (ص) كان إذا خرج أقرع بين نسائه فصارت القرعة لعائشة وحفصة رواء البخاري ، ومتى سافر بأكثر من واحدة سوى بينهن كما يسوى بينهن في الحضر ولا يلزمه القضاء للحاضرات بعد قدومه ، وهذا معنى قول المحرق فإذا قدم

ابتدأ القسم بينهما ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن داود أنه يقضى لقول الله تعالى : فلا تميلوا كل الميل .

ولنا أن عائشة لم تذكر قضاء في حديثها ، ولأن هذه التي سافر بها يلحقها من مشقة السفر بإزاء ما حصل لها من السكن ، ولا يحصل لها من السكن مثل ما يحصل في الحضر فلو قضى للحاضرات لكان قد مال على المسافرة كل الميل ، لكن إن سافر بإحداهن بغير قرعة أتم وقضى للبواقي بعد سفره ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك : لا يقضى ، لأن قسم الحضر ليس بمثل قسم السفر فيتعذر القضاء ولنا أنه خص بعضهم بمدة على وجه تلحقه التهمة فيه فلزمه القضاء كما لو كان حاضراً . إذا ثبت هذا : فينبغي أن لا يلزمه قضاء المدة ، وإنما يقضى منها ما أقام منها معها بمبيت ونحوه ، فأما زمان السير فلم يحصل لها منه إلا التعب والمشقة فلو جعل للحاضرة في مقابلة ذلك مبيتاً عندها واستمناها بها لمال كل الميل

فصل

إذا خرجت القرعة لإحداهن لم يجب عليه السفر بها وله تركها والسفر وحده لأن القرعة لا توجب ، وإنما تعين من تستحق التقديم وإن أراد السفر بغيرها لم يجز ، لأنها تعينت بالقرعة فلم يجز العدول عنها إلى غيرها ، وإن وهبت حقها من ذلك لغيرها جاز إذا رضى الزوج ، لأن الحق لها فصحت هبتها له كما لو وهبت لبياتها في الحضر ، ولا يجوز بغير رضا الزوج لما ذكرنا في هبة اليك في الحضر ، وإن وهبت للزوج أو للجميع جاز ، وإن امتنعت من السفر معه سقط حقها إذا رضى الزوج ، وإن أبى فله إكراهها على السفر معه لما ذكرنا : وإن رضى بذلك استأنف القرعة بين البواقي .

وإن رضى الزوجات كلهن بسفر واحدة معه من غير قرعة جاز ، لأن الحق لمن ، إلا أن لا يرضى الزوج ويريد غير من اتفقن عليها فيصار إلى القرعة ، ولا فرق في جميع ما ذكرنا بين السفر الطويل والقصير لعدم الخبر والمعنى ، وذكر القاضي : احتمالاً ثانياً أنه يقضى للبواقي في السفر القصير . لأنه في حكم الإقامة وهو وجه لأصحاب الشافعي .

ولنا : أنه سافر بها بقرعة فلم يقض كالطويل . ولو كان في حكم الإقامة لم تجز

المسافرة بإحداهن دون الأخرى كما لا يجوز لإفراد إحداهن بالقسم دون الأخرى ومتى سافر بإحداهن بقرعة ثم بدا له فأبعد السفر ، نحو أن يسافر إلى بيت المقدس ثم يبدو له فيمضي إلى مصر فله استصحابها معه لأنه سفر واحد قد أقرع له ، وإن أقام في بلدة مدة إحدى وعشرين صلاة فما دون لم يحسب عليه بها ، لأنه في حكم السفر تجري عليه أحكامه ، وإن زاد على ذلك قضى الجميع بما أقامه لأنه خرج عن حكم السفر ، وإن أزمع على المقام قضى بما أقامه وإن قل . لأنه خرج عن حكم السفر ، ثم إذا خرج بعد ذلك إلى بلدة أو بلد أخرى لم يقض ما سافره لأنه في حكم السفر الواحد وقد أقرع له .

(فصل) وإذا أراد الانتقال بنسائه إلى بلد آخر فأمكنه استصحابهن كلهن في سفره فعل ولم يكن له إفراد إحداهن به . لأن هذا السفر لا يختص بواحدة بل يحتاج إلى نقل جميعهن ، فإن خص إحداهن قضى للباقيات كالحاضر . فإن لم يمكنه صحة جميعهن أو شق عليه ذلك وبعث بهن جميعا مع غيره ممن هو محرم لهن جاز ولا يقضى لأحد ولا يحتاج إلى قرعة ، لأنه سوى بينهما ، وإن أراد إفراد بعضهن بالسفر معه لم يجز إلا بقرعة ، فإذا وصل إلى البلد الذي انتقل إليه فأقامت معه فيه قضى للباقيات مدة كمنها معه في البلد خاصة ، لأنه صار مقاما وانقطع حكم السفر عنه .

(فصل)

إذا كانت له امرأة فتزوج أخرى ، وأراد السفر بهما جميعا . قسم للجديدة سبعا إن كانت بكرأ وثلاثا إن كانت ثيبا ، ثم يقسم بعد ذلك بينها وبين القديمة ، وإن أراد السفر بإحدهما أقرع بينهما ، فإن خرجت قرعة الجديدة سافرت بها معه ، ودخل حق العقد في قسم السفر ، لأنه نوع قسم . وإن وقعت القرعة للأخرى سافرت بها ، فإن حضر قضى للجديدة حق العقد ، لأنه سافر بعد وجوبه عليه ، وإن تزوج اثنتين وعزم على السفر أقرع بينهما فسافر بالتي تخرج لها القرعة ويدخل حق العقد في قسم السفر ، فإذا قدم قضى للثانية حق العقد في أحد الوجهين لأنه حق وجب لها قبل سفره لم يؤده اليها فلزمه قضاؤه كما لو لم يسافر بالأخرى معه

والثاني لا يقضيه لثلاثا يكون تفضيلا لها على التي سافر بها ، لأنه لا يحصل
المسافرة من الإيواء والسكن والمبيت عندها مثل ما يحصل في الحضر فيكون ميلا
فيتعذر قضاؤه ، فإن قدم من سفره قبل مضي مدة ينقضى فيها حق عقد الأولى أنه
في الحضر وقضى للحاضرة مثله وجهاً واحداً وفيما زاد الوجهان .

ويحتمل في المسألة الأولى وجهاً ثالثاً ، وهو أن يستأنف قضاء حق العقد
لكل واحدة منهما ، ولا يحتسب على المسافرة بمدة سفرها ، كما لا يحتسب به عليها
فيما عدا حق العقد ، وهذا أقرب إلى الصواب من إسقاط حق العقد الواجب
بالشرع بغير مسقط .

مسألة ، قال (وإذا أعرس عند بكر أقام عندها سبعة ثم دار ، ولا يحتسب
عليها بما أقام عندها ، وإن كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً ثم دار ، ولا يحتسب عليها
أيضاً بما أقام عندها)

متى تزوج صاحب النسوة امرأة جديدة قطع الدور وأقام عندها سبعة إن
كانت بكرأ ولا يقضيها للباقيات ، وإن كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً ولا يقضيها إلا
أن تشاء هي أن يقيم عندها سبعة فإنه يقيمها عندها ويقضى الجميع للباقيات ، روى
ذلك عن أنس ، وبه قال الشعبي والنخعي ومالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد
وابن المنذر ؛ وروى عن سعيد بن المسيب والحسن وخلاس بن عمرو ونافع مولى
ابن عمر : للبكر ثلاث وللثيب ليلتان ، ونحوه قال الأوزاعي : وقال الحكم وحامد
وأصحاب الرأي : لا فضل للجديدة في القسم ، فإن أقام عندها شيئاً قضاء للباقيات
لأنه فضلها بمدة فوجب قضاؤها ، كما لو أقام عند الثيب سبعة

ولنا ما روى أبو قلابة عن أنس قال : من السنة إذا تزوج البكر على الثيب
أقام عندها سبعة ، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً ثم قسم . قال أبو قلابة
لو شئت لقلت أن أنسا رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم متفق عليه . وعن أم سلمة
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما تزوج أم سلمة أقام عندها ثلاثاً وقال
ليس بك على أهلك هو إن شئت سبعت لك ؛ وإن سبعت لك سبعت لنسائي .

رواه مسلم : وفي لفظ ، وإن شئت ثلثت ثم درت ، وفي لفظ ، وإن شئت زدتك
ثم حاسبتك به ، للبكر سبع وللتب ثلاث ، وفي لفظ رواه الدارقطني ، إن شئت
أقمت عندك ثلاثا خالصة لك : وإن شئت سبعت لك ثم سبعت لنسائي ، وهذا
يمنع قياسهم ويقدم عليه

قال ابن عبد البر : الأحاديث المرفوعة في هذا الباب على ما قلناه ، وليس مع
من خالفنا حديث مرفوع والحجة مع من أدلى بالسنة

(فصل)

والأمة والحررة في هذا سواء ، ولأصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه :
أحدها كقولنا ، والثاني الأمة على النصف من الحررة كسائر القسم
والثالث للبكر من الإمام أربع وللتب ليلتان تكميلا لبعض الليلة
ولنا عموم قوله عليه السلام ، للبكر سبع وللتب ثلاث ، ولأنه يراد للأنس
وإزالة الاحتشام ، والأمة والحررة سواء في الحاجة إليه فاستويا فيه كالنفقة .
(فصل) يكره أن يزف إليه امرأتان في ليلة واحدة ، أو في مدة حق عقد
إحدهما لأنه لا يمكنه أن يوفيهما حقهما ، وتستضر التي لا يوفيهما حقها ونستوحش
فإن فعل فأدخلت إحدهما قبل الأخرى بدأ بها فوقاها حقها ثم عاد فزف في الثانية ثم
ابتدأ القسم وإن زفت الثانية في أثناء مدة حق العقد أتته للأولى ثم قضى حق
الثانية ، وإن أدخلنا عليه جميعا في مكان واحد أفرع بينهما وقدم من خرجت لها
الفرعة منهما ثم وفي الأخرى بعدها

(فصل) وإذا كانت عنده امرأتان باتت عند إحدهما ليلة ، ثم تزوج ثالثة
قبل ليلة الثانية قدم المرفوعة بليلتها لأن حقها أكد لأنه ثبت بالعقد ، وحق الثانية
ثبت بفعله ، فإذا قضى حق الجديدة بدأ بالثانية فوقاها ليلتها ثم يبيت عند الجديدة
ثم يتدى القسم .

وذكر القاضى : أنه إذا وفي الثانية ليلتها باتت عند الجديدة نصف ليلة ثم يتدى
القسم ، لأن الليلة التي يوفيهما الثانية نصفها من حقها ونصفها من حق الأخرى ،
فثبتت للجديدة في مقابلة ذلك نصف ليلة يازاء ما حصل لكل واحدة من ضربتها ،

وعلى هذا القول يحتاج أن يتفرد بنفسه في نصف ليلة وفيه حرج ، فإنه ربما لا يجد مكاناً يتفرد فيه ، أو لا يقدر على الخروج إليه في نصف الليلة أو المحجى منه ، وفيما ذكرناه من البداية بها بعد الثانية وقاه بحقها بدون هذا الحرج فيكون أولى أن شاء الله

(فصل) وحكم السبعة والثلاثة التي يقبها عند المرفوعة حكم سائر القسم في أن عماده الليل ، وله الخروج نهاراً لمعاشه وقضاء حقوق الناس ، وإن تعذر عليه المقام عندها ليلاً لشغل أو حبس ، أو ترك ذلك لغير عذر قضاء لها وله الخروج أصلاً للجماعة ، فإن النبي (ص) لم يكن يترك الجماعة لذلك ويخرج لئلا بد له منه فإن أطال قضاءه ، وإن كان يسيراً ولا قضاء عليه .

مسألة ، قال (وإذا ظهر منها ما يخاف معه نشوزها وعظما فإن أظهرت نشوزاً هجرها فإن أردعها وإلا فله أن يضربها ضرباً لا يكون مبرحاً)

معنى النشوز معصية الزوج فيها فرض الله عليها من طاعته ، فأخوذ من النشوز وهو الارتفاع ؛ فكأنها ارتفعت وتعالى عما أوجب الله عليها من طاعته ، فتى ظهرت منها أمارات النشوز ، مثل أن تتناقل وتدافع إذا دعاها ، ولا تعير إليه إلا بتكره ودعامة ، فإنه بعظمها فيخوفها الله سبحانه ويذكر ما أوجب الله له عليها من الحق والطاعة ، وما يلحقها من الأثم بالمخالفة والمعصية وما يسقط بذلك من حقوقها من النفقة والكسوة وما يباح له من ضربها وهجرها ، لقول الله تعالى (واللاتي يخافون نشوزهن فعتقوهن) فإن أظهرت النشوز ، وهي أن تعصيه وتمتنع من فراشه أو تخرج من مثله بغير إذنه فله أن يهجرها في المضجع لقول الله تعالى (وهجروهن في المضجع)

قال ابن عباس : لا تضاجعها في فراشك ، فأما الهجران في الكلام فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام لما روى أبو هريرة أن النبي (ص) قال ، لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام ، وظاهر كلام الحرقى أنه ليس له ضربها في النشوز في أول مرة ، وقد روى عن أحمد . إذا عصت المرأة زوجها فله ضربها ضرباً غير مبرح ، فظاهر هذا إباحة ضربها بأول مرة لقول الله تعالى (واضربوهن) ولأنها

صرحت بالمنع فكان له ضربها كما لو أصرت ، ولأن عقوبات المعاصي لا تختلف بال تكرار وعدمه كالحدود ، ووجه قول الحرقى : المقصود زجرها عن المصيبة في المستقبل وما هذا بسبيله يبدأ فيه بالأسهل فالأسهل ، كن هجم منزله فأراد إخراجها وأما قوله (واللاتي تخافون نشوزهن الآية ، ففيها إضمار تقديره : واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن ، فإن نشزن فاهجروهن في المضاجع ، فإن أصرون فاضربوهن كما قال سبحانه (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض) والذي يدل على هذا أنه رتب هذه العقوبات على خوف النشوز ، ولا خلاف في أنه لا يضربها لخوف النشوز قبل إظهاره ، وللشافعي قولان كهذين ، فإن لم ترتدع بالوعظ والهجر فله ضربها لقوله تعالى (واضربوهن) وقال النبي صلى الله عليه وسلم : إن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه ، فإن فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح ، رواه مسلم ، معنى غير مبرح ، أى ليس بالشديد ، قال الخلال : سألت أحمد بن يحيى عن قوله ضرباً غير مبرح ، قال غير شديد ، عليه أن يحتب الوجه والمواضع المخوفة ، لأن المقصود التأديب لا الاتلاف ، وقد روى أبو داود عن حكيم بن معاوية القشيري عن أبيه قال : قلت يا رسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه ؟ قال : أن يطعمها إذا طعمت ويكسوها إذا اكتست ولا يقيح ولا يهجر إلا في البيت ،

وروى عبد الله بن زبعة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يضاجعها في آخر اليوم ولا يزيد في ضربها على عشرة أسواط لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله ، متفق عليه

(فصل : وله تأديبها على ترك فرائض الله . وسأل اسماعيل بن سعيد أحمد عما يجوز ضرب المرأة عليه ؟ قال على فرائض الله ، وقال في الرجل له امرأة لا تصلي يضربها ضرباً رفيقاً غير مبرح . وقال على رضى الله عنه في تفسير قوله تعالى (قوا أنفسكم وأهليكم نارا) قال علوم أدبهم وروى أبو محمد الخلال بإسناده عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : رحم الله عبداً علق في بيته

سوطا يؤدب أهله ، فان لم تصل فقد قال أحمد : أخشى أن لا يحل لرجل يقيم مع امرأة لا تصلي ولا تغتسل من جنابة ولا تتعلم القرآن . قال أحمد في الرجل يضرب امرأته : لا ينبغي لأحد أن يسأله ولا أبوها لم ضربتها ، والأصل في هذا ما روى الأشعث عن عمر أنه قال : يا أشعث احفظ عني شيئا سمعته من رسول الله (ص) لا تسأل رجلا فيما ضرب امرأته ، رواه أبو داود ، ولأنه قد يضربها لأجل الفراش ، فان أخبر بذلك استعيا ، وإن أخبر بغيره كذب

(فصل) وإذا خافت المرأة نشوز زوجها وإعراضه عنها لرغبته عنها اما لمرض بها أو كبر أو دمامة فلا بأس أن تضع عنه بعض حقوقها تسترضيه بذلك ، لقول الله تعالى (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا) روى البخاري عن عائشة (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا) قالت : هي المرأة تكون عند الرجل لا يستكثر منها فيريد طلاقها ويتزوج عليها ، تقول له امسكني ولا تطلقني ثم تزوج غيري فانت في حل من النفقة على والقسمة لي .

وعن عائشة أن سودة بنت زمعة حين أسنت وفرقت أن يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت : يا رسول الله يرمي لعائشة ، فقبل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم منها ، قالت في ذلك أنزل الله جل ثناؤه وفي أشباهها أراه قال (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً) رواه أبو داود ، ومتى صالحته على ترك شيء من قسمها أو نفقتها أو على ذلك كله جاز ، فان رجعت فلها ذلك ، قال أحمد في الرجل يضرب عن امرأته فيقول لها : إن رضيت على هذا والا فانت أعلم فيقول قد رضيت فهو جائز فإن شامت رجعت

، مسألة ، قال (والزوجان اذا وقعت بينهما العداوة وخشى عليهما أن يخرجهما ذلك الى العصبان يمت الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها مأمورين برضا الزوجين وتوكيلهما بأن يجمعا اذا رأيا أو يفرقا ، فما فعلا من ذلك لزمهما)

وجملة ذلك أن الزوجين اذا وقع بينهما شقاق نظر الحاكم فان بان له أنه من المرأة فهو نشوز قد مضى حكمه ، وان بان أنه من الرجل أسكنهما الى جانب ثقة

ينعه من الإضرار بها والتعدي عليها ، وكذلك إن بان من كل واحد منهما تعد أو ادعى كل واحد منهما أن الآخر ظلمه أسكنهما إلى جانب من يشرف عليهما ويلزمهما الإنصاف ، فإن لم يتبنا ذلك وتمادى الشر بينهما وخيف الشقاق عليهما والعصيان بعث الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها فنظرا بينهما وفعل ما يريان المصلحة فيه من جمع أو تفريق لقول الله تعالى (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما) .

واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الحكمين ففي إحدى الروايتين عنه أنها وكيلان لهما لا يملكان التفريق لهما إلا بإذنهما ، وهذا مذهب عطاء وأحد قولي الشافعي ، وحكى ذلك عن الحسن وأبي حنيفة لأن البضع حقه والمال حقها وهما رشيدان فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما أو ولاية عليهما ، والثانية : أنهما حاكمان ولهما أن يفعل ما يريان من جمع وتفريق بعرض وغير عرض ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاها ، وروى نحو ذلك عن علي وابن عباس وأبي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي والنخعي وسعيد بن جبير ومالك والأوزاعي وإسحاق وابن المنذر لقول الله تعالى (فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) فسيما حكما ولم يعتبر رضا الزوجين ثم قال (إن يريدا إصلاحا) مخاطب الحكمين بذلك .

وروى أبو بكر ياسناده عن عبيدة السلماني أن رجلا وامرأة أتيا عليا مع كل واحد منهما فتام من الناس فقال علي رضي الله عنه ابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها فبعثوا حكما ثم قال علي للحكمين هل تدريان ما عليكما من الحق ؟ عليكما من الحق إن رأيتهما أن نجما جمعنا وإن رأيتهما أن تفرقا فرقتما فقالت المرأة رضيت بكتاب الله علي ولي فقال الرجل : أما الفرقة فلا . فقال علي : كذبت حتى ترضي بما رضيت به ، وهذا يدل على أنه أجبره على ذلك ، ويروى أن عقيلة تزوج فاطمة بنت عتبة فتخاصما لجمعت ثيابها ومضت إلى عثمان فبعث حكما من أهله عبد الله ابن عباس وحكما من أهلها معاوية فقال ابن عباس : لا فرقن بينهما . وقال معاوية : ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف ، فلما بلغا الباب كانا قد غلقا الباب واصطلحا ولا يمتنع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه من أداء الحق كما

يفضي الدين عنه من ماله إذا امتنع ويطلق الحاكم على المولى إذا امتنع . إذا ثبت هذا فإن الحكمين لا يكونان إلا عاقلين بالغين عدلين مسلمين لأن هذه من شروط العدالة سواء قلنا هما حاكمان أو وكيلان لأن الوكيل إذا كان متعلقا بنظر الحاكم لم يجوز أن يكون إلا عدلا كما لو نصب وكيلاً لصبي أو مفلس ويكونان ذكرين لأنه مفترق إلى الرأي والنظر ، قال القاضي ويشترط كونهما حرين وهو مذهب الشافعي لأن العبد عنده لا تقبل شهادته فتسكون الحرية من شروط العدالة والأولى أن يقال إن كانا وكيلين لم تعتبر الحرية لأن توكيل العبد جائز ، وإن كانا حكمين اعتبرت الحرية لأن الحاكم لا يجوز أن يكون عبداً ويعتبر أن يكونا عالمين بالجمع والتفريق لأنهما يتصرفان في ذلك فيعتبر عليهما به والأولى أن يكونا من أهلها لأمر الله تعالى بذلك ولأنهما أشفق وأعلم بالحال فإن كانا من غير أهلها جاز لأن القرابة ليست شرطاً في الحكم ولا الوكالة فكان الأمر بذلك إرشاداً واستحياباً فإن قلنا هما وكيلان فلا يفعلان شيئاً حتى يأذن الرجل لوكيله فيما يراه من طلاق أو صلح وتأذن المرأة لوكيلها في الخلع والصلح على ما يراه فإن امتنع من التوكيل لم يجبراً وإن قلنا إنهما حكمان فإنهما يرضيان ما يريانه من طلاق وخلع فينفذ ذلك عليهما رضياً أو إكراهاً .

(فصل) فإن غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث حكمين جاز للحكمين امضاء رأيهما إن قلنا إنهما وكيلان لأن الوكالة لا تبطل بالغيبه ، وإن قلنا إنهما حاكمان لم يجوز لهما امضاء الحكم لأن كل واحد من الزوجين محكوم له وعليه والقضاء للغائب لا يجوز إلا أن يكونا قد وكلاهما فيفعلان ذلك بحكم التوكيل لا بالحكم وإن كان أحدهما قد وكل لوكيله ففعل ما وكاه فيه مع غيبته وإن جن أحدهما بطل حكم وكيله لأن الوكالة تبطل بجنون الموكل وإن كان حاكماً لم يجوز له الحكم لأن من شرط ذلك بقاء الشقاق وحضور المتداعين ولا يتحقق ذلك مع الجنون .

(فصل) فإن شرط الحكمان شرطاً أو شرطه الزوجان لم يلزم مثل أن يشترطا ترك بعض النفقة والقسم لم يلزم الوفاء به لأنه إذا لم يلزم برضى الموكلين فيرضى الوكيلين أولى ، وإن أبرأ وكيل المرأة من الصداق أو دين لها لم يبرأ الزوج إلا في الخلع وإن أبرأ وكيل الزوج من دين له أو من الرجل لم يبرأ الزوجة لأنهما وكيلان فيما يتعلق بالأصلاح لا في إسقاط الحقوق .

كتاب الخلع

« مسألة ، قال (والمرأة إذا كانت مبغضة للرجل ونكره أن تمنعه ما تكون عاصية بمنعه فلا بأس أن تقتدي نفسها منه) »

وجملة الامر أن المرأة إذا كرهت زوجها لخلقه أو خلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته جاز لها أن تخلعه بعرض تقتدي به نفسها منه لقول الله تعالى (فان خفتن أن لا يقبها حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به) وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما شانك ؟ قالت لا أنا ولا ثابت ، لزوجها فلما جاء ثابت قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم « هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكر » وقالت حبيبة يا رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ما أعطاني عندي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس « خذ منها ، فأخذ منها وجلست في أهلها ، وهذا حديث صحيح ثابت الإسناد رواه الأئمة مالك وأحمد وغيرهما .

وفي رواية البخاري قال جاءت امرأة ثابت بن قيس الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق الا أني أخاف الكفر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أتردين عليه حديثه ؟ » فقالت نعم فردتها عليه وأمره ففارقها ، وفي رواية فقال له : اقل الحديقة وطلقها تطليقة ، وبهذا قال جميع الفقهاء بالحجاز والشام ، قال ابن عبد البر : ولا نعلم أحداً مخالفه الا بكر ابن عبد الله المزني فإنه لم يجره وزعم أن آية الخلع منسوخة بقوله سبحانه (وان أردتم استبدال زوج مكان زوج) الآية .

وروى عن ابن سيرين وأبي قلابة أنه لا يحل الخلع حتى يجد على بطنها رجلا لقول الله تعالى (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا أن ياتين بفاحشة مبينة) .

ولنا الآية التي تلونهاها والخبر وأنه قول عمر وعثمان وعلي وغيرهم من الصحابة

لم نعرف لهم في عصرهم مخالفا فيكون إجماعا، ودعوى النسخ لا تسمع حتى يثبت
تعذر الجمع وأن الآية الناسخة متأخرة ولم يثبت شيء من ذلك .

إذا ثبت هذا فإن هذا يسمى خلعا لأن المرأة تنخلع من لباس زوجها ، قال الله
تعالى (من لباس لكم وأتم لباس لمن) ويسمى اقتداء لأنها تقتدى نفسها بما
تبذله . قال الله تعالى (فلا جناح عليهما فيما اقتدت به)

(فصل) ولا يفتقر الخلع إلى حاكم . نص عليه أحمد فقال يجوز الخلع دون
السلطان ، وروى البخاري ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما ، وبه قال شريح
والزهري ومالك والشافعي وإسحاق وأهل الرأي . وعن الحسن وابن سيرين
لا يجوز إلا عند السلطان .

ولنا قول عمر وعثمان ، ولأنه معاوضة فلا يفتقر إلى السلطان كالبيع والنكاح .
ولأنه قطع عقد بالتراضي أشبه الاقالة .

(فصل) ولا بأس بالخلع في الحيض والطمهر الذي أصابها فيه ، لأن المنع من
الطلاق في الحيض من أجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة ، والخلع لازالة الضرر
الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه وذلك أعظم من ضرر
طول العدة فجاء دفع أعلاهما بأدناهما ولذلك لم يسأل النبي صلى الله عليه وسلم المختلعة
عن حالها ، ولأن ضرر تطويل العدة عليها ، والخلع يحصل بسؤالها فيكون ذلك
رضا منها به ودليلا على رجحان مصلحتها فيه .

مسألة . قال (ولا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاهما .

هذا القول يدل على صحة الخلع بأكثر من الصداق وأنهما إذا تراضيا على الخلع
بشيء صح ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن عثمان وابن عمر وابن عباس
وعكرمة وجهد وقيصة بن ذؤيب والنخعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي
ويروى عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالوا لو اختلعت امرأة من زوجها بغيراتها
وعقصر رأسها كان ذلك جائزا ، وقال عطاء وطاوس والزهري وعمر بن شبيب
لا يأخذ أكثر مما أعطاهما : وروى ذلك عن علي بإسناد منقطع واختاره أبو بكر
قال فإن فعل رد الزينة . وعن سعيد بن المسيب قال : ما أرى أن يأخذ كل ما لها

ولكن ليدع لها شيئاً ، واجتنبوا بما روى أن جميلة بنت سلول أتت النبي (ص) فقالت : والله ما أعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكن أكره الكفر في الإسلام لا أطيعه بغضاً ، يقال لها النبي (ص) : أتدين عليه حديثه ؟ ، قالت نعم ، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يأخذ منها حديثه ولا يزداد ، رواه ابن ماجه ولأنه بدل في مقابلة نسخ فلم يزد على قدره في ابتداء العقد كالعروض في الإقالة .

ولنا قول الله تعالى (فلا جناح عليهما فيما اقتدت به) ولأنه قول من سميتان الصحابة ، قالت الربيع بنت معوذ : اختلعت من زوجي بما دون عقاص رأسي فأجاز ذلك عثمان بن عفان رضي الله عنه : ومثل هذا يشترط ينكر فيكون إجماعاً ولم يصح عن علي خلافة ، فإذا ثبت هذا فإنه لا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاه ، وبذلك قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي والحكم وحماة وإسحاق وأبو عبيد فإن فعل جاز ، مع الكراهة ولم يكرهه أبو حنيفة ومالك والشافعي ، قال مالك لم أزل أسمع إجازة الفداء بأكثر من الصداق .

ولنا حديث جميلة ، وروى عن عطاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كره أن يأخذ من المختلعه أكثر مما أعطاهما : رواه أبو حفص بأسناده وهو صريح في الحكم فتجمع بين الآية والخبر فنقول الآية دالة على الجواز والنهي عن الزيادة للكراهة والله أعلم .

مسألة : قال (ولو خالته لغير ما ذكرنا كره لها ذلك ووقع الخلع)

في بعض النسخ (بغير) ما ذكرنا بالياء فيحتمل أنه أراد بأكثر من صداقها وقد ذكرنا ذلك في المسألة التي قبل هذه . والظاهر أنه أراد إذا خالته لغير بغض وجشبه من أن لا تقم حدود الله لأنه لو أراد الأول لقال كره له فلما قال كره لها دل على أنه أراد مخالعتها له والحال عامرة والاختلاق ملتصقة فانه يكره لها ذلك فإن فعلت صح الخلع في قول أكثر أهل العلم . منهم أبو حنيفة والثوري ومالك والأوزاعي والشافعي ، ويحتمل كلام أحمد تحريمه فانه قال : الخلع مثل حديث سهلة نكره الرجل فتعطيه المهر ، فهذا الخلع ، وهذا يدل على أنه لا يكون الخلع صحيحاً إلا في هذه الحال ، وهذا قول ابن المنذر وداود .

وقال ابن المنذر : وروى معنى ذلك عن ابن عباس وكثير من أهل العلم ، وذلك لأن الله تعالى قال (ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتكم من شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتما ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به) فدل بمفهومه على أن الجناح لاحق بهما إذا اقتدت من غير خوف ثم غلظ بالوعيد فقال (تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون) وروى ثوبان قال . قال رسول الله . ص) : أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس لحرام عليها رائحة الجنة ، رواه أبو داود .

وعن أبي هريرة عن النبي (ص : قال : المختلعات والمختلعات من المناقات ، رواه أبو حنيفة ورواه أحمد في المسند وذكره محتجاً به ، وهذا يدل على تحريم المختالعة لغير حاجة ولأنه إضرار بها وبزوجها وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة لحرم لقوله عليه السلام : لا ضرر ولا ضرار ، واحتج من أجاز به بقول الله سبحانه (فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً) قال ابن المنذر لا يلزم من الجواز في غير عقد الجواز في المعاوضة بدليل الربا حرمة الله في العقد وأباحه في الهبة ، والحجة مع من حرمه ، وخصوص الآية في التحريم يحب تقديمه على عموم آية الجواز مع ما عضدها من الأخبار والله أعلم .

(فصل) فأما أن عضل زوجته وضارها بالضرب والتضييق عليهما أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدي نفسها منه ففعلت فالحلح باطل والعروض مردود : روى ذلك عن ابن عباس وعطاء ومجاهد والشعبي والنخعي والقاسم بن محمد وعروة وعمرو بن شعيب وحيد بن عبد الرحمن والزهرى ، وبه قال مالك والثوري وقتادة والشافعي وإسحاق ، وقال أبو حنيفة : العقد صحيح والعروض لازم وهو آثم عاص .

ولنا قول الله تعالى (ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتكم من شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله) وقال الله تعالى (لا يحل لكم أن ترثوا النساء ككرها ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتكم من) ولأنه عوض أكثر من على بذله بغير حق فلم يستحق كالثمن في البيع والأجر في الإجارة ، وإذا لم يملك العرض ،

وقلنا الخلع طلاق وقع الطلاق بغير عوض فان كان أقل من ثلاث فله رجعتها لأن الرجعة إنما سقطت بالعوض فإذا سقط العوض ثبتت الرجعة ، وإن قلنا هو فسخ ولم ينو به الطلاق لم يقع شيء لأن الخلع بغير عوض لا يقع على إحدى الروايتين وعلى الرواية الأخرى إنما رضى بالنسخ ههنا بالعوض فإذا لم يحصل له العوض لا يحصل الموضع ، وقال مالك : إن أخذ منها شيئاً على هذا الوجه رده ، ومضى الخلع عليه وبتخرج لنا مثل ذلك إذا قلنا يصح الخلع بغير عوض .

(فصل)

فأما أن ضربها على ثيورها ومنعها حقها لم يحرم خلقها لذلك لأن ذلك لا يمنعهما أن لا يخافا أن لا يقيا حدود الله ، وفي بعض حديث حبة أنها كانت تحت ثابت بن قيس فضربها فكسر خلقها فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فدعى النبي صلى الله عليه وسلم ثابتاً فقال : خذ بعض مالها وفارقها ففعل ، رواه أبو داود وهكذا لو ضربها ظلماً لسوء خلقه أو غيره لا يريد بذلك أن تقتدى نفسها لم يحرم عليه مخالفتها لأنه لم يعضلها ليذهب ببعض ما آتاهما ولكن عليه أنم الظلم .

(فصل) فإن أتت بفاحشة فعصلها لتفتدى نفسها منه ففعلت صح الخلع لقول الله تعالى (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتينكمهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) والاستثناء من النهي إباحة ولأنها متى زنت لم يأم أن تلحق به ولداً من غيره وتفسد فراشه فلا تقيم حدود الله في حقه فتدخل في قول الله تعالى (فإن خفتم ألا يقيها حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به) وهذا أحد قولي الشافعي . والقول الآخر لا يصح لأنه عرض أكرهت عليه أشبه ما لو لم تزن والنص أولى

(فصل) إذا خالع زوجته أو بارأها بعرض فأنهما يتراجسان بما بينهما من الحقوق فإن كان قبل الدخول فلها نصف المهر ، وإن كانت قبضته كله ردت نصفه ، وإن كانت مفروضة فلها الثلثة ، وهذا قول عطاء والزهرى والشافعي ، وقال أبو حنيفة : ذلك براءة لكل واحد منهما بما لصاحبه عليه من المهر ، وأما الدبرن التي ليست من حقوق الزوجية فمنه فيها روايتان ، ولا تسقط النفقة في المستقبل لأنها ما وجبت بعد .

ولذا أن المهر حق لا يسقط بالخلع إذا كان بلفظ الطلاق فلا يسقط بلفظ الخلع والمباراة كسائر الديون ونفقة العدة إذا كانت حاملا ، ولأن نصف المهر لا يصير له لم يجب له قبل الخلع فلم يسقط بالمباراة كنفقة العدة ، والنصف لها لا يبرأ منه بقولها باراتك لأن ذلك يقتضى براءتها من حقوقه لا براءته من حقوقها .

مسألة، قال (والخلع فسخ في إحدى الروايتين ، والآخرى أنه تطليقة بائمة)

اختلفت الرواية عن أحمد في الخلع ففي إحدى الروايتين أنه فسخ ، وهذا اختيار أبي بكر ، وقول ابن عباس وطاوس وعكرمة وإسحاق وأبي ثور وأحد قول الشافعي ، والرواية الثانية : أنه طلاق بائمة ، روى ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وقيصة وشريح ومجاهد وأبي سلمة بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والزهرى ومكحول وابن أبي نجيع ومالك والأوزاعي والثوري وأصحاب الرأي وقد روى عن عثمان وعلى وابن مسعود لكن ضعف أحمد الحديث عنهم وقال . ليس في الباب شيء . أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ .

واحتج ابن عباس بقوله تعالى (الطلاق مرتان) ثم قال (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) ثم قال (فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) فذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها فلو كان الخلع طلاقا لكان أربعا ولأنها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيت فمكثت فسحا كسائر الفسوخ .

وجه الثانية : أنها بذلت العوض للفرقة ، والفرقة التي يملك الزوج إبقاها هي الطلاق دون الفسخ فوجب أن يكون طلاقا ولأنه أتى بكناية الطلاق قاصدا فراقها فكان طلاقا كغير الخلع . وقائدة الروايتين أنا إذا قلنا هو طلاق فخالعها مرة حسبت طلاقا فينقص بها عدد طلاقه ، وإن خالعها ثلاثا طلقت ثلاثا فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره .

وان قلنا هو فسخ لم تحرم عليه : وإن خالعها مائة مرة ، وهذا الخلاف فيما إذا خالعها بغير لفظ الطلاق ولم ينو ، فأما إن بذلت له العوض على فراقها فهو طلاق لا اختلاف فيه ، وإن وقع بغير لفظ الطلاق مثل كنايةات الطلاق أو لفظ الخلع والمفاداة ونحوهما ونوى به الطلاق فهو طلاق أيضا لأنه كناية نوى الطلاق

فكانت طلاقا كما لو كان بغير عوض فإن لم ينو به الطلاق فهو الذي فيه الروايتان والله أعلم .

(فصل) والفاظ الخلع تنقسم الى صريح وكناية فالصريح ثلاثة ألفاظ خالعتك لأنه ثبت له العرف، والمفاداة لأنه ورد به القرآن بقوله سبحانه (ولا جناح عليهم ما فيها افتدت به) وفسخت نكاحك لأنه حقيقة فيه فإذا أتى بأحد هذه الألفاظ وقع من غير نية ، وما عدا هذه مثل باراتك وأبرأتك وأبنتك فهو كناية لأن الخلع أحد نوعي الفرقة فكان له صريح وكناية كالطلاق : وهذا قول الشافعي إلا أن له في لفظ الفسخ وجهين فإذا طلبت الخلع وبذلت العوض فأجابها بصريح الخلع وكنايته صح من غير نية لأن دلالة الحال من سؤال الخلع وبذل العوض صارقة إليه فأغنى عن النية فيه . وإن لم يكن دلالة حال فأتى بصريح الخلع وقع من غير نية سواء قلنا هو فسخ أو طلاق ، ولا يقع بالكناية إلا بنية عن تلفظ به وهما ككنايات الطلاق مع صريحه والله أعلم .

فصل

ولا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقوله من غير لفظ الزوج ، قال القاضي : هذا الذي عليه شيوخنا البغداديون ، وقد أوما إليه أحمد وذهب أبو حفص العسكري وابن شهاب إلى وقوع الفرقة بقبول الزوج للعوض وأفتى بذلك ابن شهاب بمكة ، واعترض عليه أبو الحسين بن هرمز واستفتى عليه من كان ببغداد من أصحابنا فقال ابن شهاب المختلعه علي وجهين : مستبرئة ومفتدية ، فالمفتدية هي التي تقول لا أنا ولا أنت ولا أبر لك قسما وأنا أفندي نفسي منك فإذا قبل الفتدية وأخذ المال انفسخ النكاح لأن اسحاق بن منصور روى قال : قلت لأحمد كيف الخلع ؟ قال إذا أخذ المال فهي فرقة .

وقال إبراهيم النخعي أخذ المال تطليقة بآئنة ونحو ذلك عن الحسن ، وعن علي رضي الله عنه من قبل مالا على فراق فهي تطليقة بآئنة لا رجعة لها فيها ، واحتج بقول النبي صلى الله عليه وسلم لجميلة : أتردين عليه حديقته ؟ ، قالت نعم ففرق رسول الله (ص) بينهما وقال : خذ ما أعطيتها ولا تزدد ولم يستدع منه لفظا ،

ولأن دلالة الحال تغني عن اللفظ بدليل ما لو دفع ثوبه إلى قصار أو حياط معروفين بذلك فعمله استحقاق الأجرة وإن لم يشترطا عوضاً .

ولنا أن هذا أحد نوعي الخلع فلم يصح بدون اللفظ كما لو سألته أن يطلقها بعوض ، ولأنه تصرف في البضع بعوض فلم يصح بدون اللفظ كالنكاح والطلاق ولأن أخذ المال قبض لعوض فلم يتم بمجرد دفعه مقام الإيجاب كقبض أحد العوضين في البيع ، ولأن الخلع أن كان طلاقاً فلا يقع بدون صريحه أو كناية وإن كان مسماً فهو أحد طرفي عقد النكاح فيعتبر فيه اللفظ كابتداء العقد .

وأما حديث جميلة فقد رواه البخاري ، وقبل الحديقة وطلقها تطليقة ، وهذا صريح في اعتبار اللفظ ، وفي رواية فأمره فقارقه ، ومن لم يذكر الفرقه فإنما اقتصر على بعض القصة بدليل رواية من روى الفرقه والطلاق فإن القصة واحدة والزيادة من الثقة مقبولة ، ويدل على ذلك أنه قال ففرق النبي (ص) بينهما وقال : نخذ ما أعطيتها ، لجعل التفريق قبل العوض ونسب التفريق إلى النبي (ص) ومعلوم أن النبي صلى الله عليه وسلم لا يباشر التفريق فدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر به ، ولعل الراوي استغنى بذكر العوض عن ذكر اللفظ لأنه معلوم منه ، وعلى هذا يحمل كلام أحمد وغيره من الأئمة ولذلك لم يذكرها من جازها لفظاً ولا دلالة حال ولا بد منه اتفاقاً .

مسألة . قال (ولا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق ولو واجهها به)

وجه ذلك : أن المختلعة لا يلحقها طلاق بحال ، وبه قال ابن عباس وابن الزبير وعكرمة وجابر بن زيد والحسن والشعبي ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور ، وحكى عن أبي حنيفة أنه يلحقها الطلاق الصريح المعين دون الكناية ، والطلاق المرسل وهو أن يقول كل امرأة لي طالق :

وروى نحوه ذلك عن سعيد بن المسيب وشريح وطاوس والنخعي والزهري والحكم وحامد والثوري لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت في العدة .

ولنا : أنه قول ابن عباس وابن الزبير ولا نعرف لها مخالفاً في عصرهما ،

ولأنها لا تحل له إلا بشكاح جديد فلم يلحقها طلاقه كالمطلقة قبل الدخول أو المنقضية عدتها ولأنه لا يملك بضعها فلم يلحقها طلاقه كالأجنبية ، ولأنها لا يقع بها الطلاق المرسل ولا تطلق بالكناية فلم يلحقها الصريح المعين كما قبل الدخول ولا فرق بين أن يواجهها به فيقول أنت طالق أو لا يواجهها به مثل أن يقول : فلأنه طالق . وحديثهم لا تعرف له أصلا ولا ذكره أصحاب السنن

(فصل) ولا يثبت في الخلع رجعة سواء قلنا هو فسخ أو طلاق في قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وعطاء وطاوس والزهري والشافعي ومالك والشافعي وإسحاق ، وحكى عن الزهري وسعيد بن المسيب أنها قالوا الزوج بالخيار بين إمساك العوض ولا رجعة له وبين رده وله الرجعة ، وقال أبو ثور : إن كان الخلع بلفظ الطلاق فله الرجعة ، لأن الرجعة من حقوق الطلاق فلا تسقط بالعوض كالولاء مع العتق .

ولنا قوله سبحانه وتعالى (فيها افتدت به) وإنما يكون فداء إذا خرجت به عن قبضته وسلطانه ، وإذا كانت له الرجعة فهي تحت حكمه ، ولأن القصد إزالة للضرر عن المرأة فلو جاز اجتماعها لعاد الضرر وفارق الولاء فإن العتق لا يتفك منه والطلاق يتفك عن الرجعة فيها قبل الدخول وإذا أكل العدد .

فصل

فإن شرط في الخلع أن له الرجعة ، فقال ابن حامد يبطل الشرط ويصح الخلع وهو قول أبي حنيفة وأحمد والرواية عن مالك ، لأن الخلع لا يفسد بكون عوضه فاسداً فلا يفسد بالشرط الفساد كالنكاح ، ولأنه لفظ يقتضي البينونة ، فإذا شرط الرجعة معه يبطل الشرط كالطلاق الثلاث .

ويحتمل أن يبطل الخلع وتثبت الرجعة وهو منصوص الشافعي لأن شرط العوض والرجعة متنافيان فإذا شرطاهما سقطا وبقي مجرد الطلاق فتثبت الرجعة بالأصل لا بالشرط ولأنه شرط في العقد ما يتنافى مقتضاه فأبطله كما لو شرط أن لا يتصرف في المبيع ، وإذا حكمنا بالصحة فقال القاضي يسقط المسمى في العوض لأنه لم يرض به عوضاً حتى ضم إليه الشرط فإذا سقط الشرط وجب ضم النقصان

الذي تقصده من أجله إليه فيصير مجهولا فيسقط ويجب المسمى في العقد ، ويحتمل أن يجب المسمى لانهما تراضيا به عوضا فلم يجب غيره كمالو خلا عن شرط الرجعة (فصل) فإن شرط الخيار لها أو له يوما أو أكثر وقبلت المرأة صبح الحطم وبطل الخيار ، وبه قال أبو حنيفة فيها إذا كان الخيار للرجل ، وقال إذا جعل الخيار للمرأة ثبت لها الخيار ولم يقع الطلاق .

ولنا : أن سبب وقوع الطلاق وجد وهو اللفظ به فوقع كمالو أطلق ومتى وقع فلا سبيل إلى رفعه .

(فصل) نقل منها في رجل قالت له امرأته اجعل امرى يدي وأعطيك عيدي هذا فقبض العبد وجعل امرها يدها وباع العبد قبل أن تقول المرأة شيئا هو له إنما قالت اجعل امرى يدي وأعطيك قبيل له متى شئت تختار؟ قال : نعم ما لم يطأها أو ينقض لجعل له الرجوع ما لم تطلق وإذا رجع فينبغي أن ترجع عليه بالعروض لأنه استرجع ما جعل لها فسترجع منه ما أعطته ، ولو قال : إذا جاء رأس الشهر فأمرك بيدك ملك أبطال هذه الصفه لان هذا يجوز الرجوع فيه لو لم يكن معلقا فع التعلق أولى كالوكالة .

قال أحد : ولو جعلت له امرأته ألف درهم على أن يخيرها باختيار الزوج لا يرد عليها شيئا ووجهه أن الالف في مقابلة نيكه أياها لخيار وقد فعل فاستحق الالف وليست الالف في مقابلة الفقرة .

فصل

إذا قالت امرأته طلقني بدينار فطلقها ثم أرندت لزما الدينار ووقع الطلاق بامنا ولا تؤثر الردة لأنها وجدت بعد البتة ، وإن طلقها بعد ردتها وقبل دخوله بها بابت بالردة ولم يقع الطلاق لأنه صادقها بامنا فإن كان بعد الدخول ، رقلنا ان الردة ينسخ بها النكاح في الحال فكذلك ، وإن قلنا يقف على انقضاء العدة كان الطلاق مراعى ، فإن أقامت على ردتها حتى انقضت عدتها تبينا أنها لم تكن زوجته حين طلقها فلم يقع ولا شيء له عليها ، وإن رجعت إلى الإسلام بان أن الطلاق صادق زوجته فوقع واستحق عليها العروض .

« مسألة ، قال (وإذا قالت له اخلعني على ما في يدي من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء . لزمها ثلاثة دراهم) »

وجملة ذلك أن الخلع بالمجهول جائز وله ما جعل له ، وهذا قول أصحاب الرأي وقال أبو بكر لا يصح الخلع ولا شيء له لأنه معاوضة فلا يصح بالمجهول كالبيع ، وهذا قول أبي ثور ، وقال الشافعي يصح الخلع وله مهر مثلها لأنه معاوضة بالبضع فإذا كان العوض مجهولا وجب مهر المثل كالنكاح .

ولنا أن الطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط بخلاف أن يستحق به العوض المجهول كالوصية ، ولأن الخلع إسقاط لحقه من البضع وليس فيه تملك شيء ، والإسقاط تدخله المسابحة ولذلك جاز من غير عوض بخلاف النكاح : وإذا صح الخلع فلا يجب مهر المثل لأنها لم تبدله ولا فوتت عليه ما يوجبها فإن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل ما لو أخرجته من ملكه بردتها أو رضاعها لمن يتفسخ به نكاحها لم يجب عليها شيء ، ولو قتلت نفسها أو قتلتها أجنبي لم يجب للزوج عوض عن بضعها ، ولو وطئت بشبهة أو مكرهة لوجب المهر لها دون الزوج ولو طأعت لم يكن للزوج شيء وإنما يتقوم البضع على الزوج في النكاح خاصة وأباح لها اقتداء نفسها لحاجتها إلى ذلك فيكون الواجب ما رضيت به . فأما إيجاب شيء لم ترض به فلا وجه له ، فعلى هذا إن خلعها على ما في يدها من الدراهم صح فإن كان في يدها دراهم فهي له ، وإن لم يكن في يدها شيء فله عليها ثلاثة ، نص عليه أحمد لأنه أقل ما يقع عليه اسم الدراهم حقيقة ولفظها دل على ذلك فاستحقه كما لو وصى له بدراهم ، وإن كان في يدها أقل من ثلاثة احتمل أن لا يكون له غيره لأنه من الدراهم وهو في يدها ، واحتمل أن يكون له ثلاثة كاملة لأن اللفظ يقتضيها فيها إذا لم يكن في يدها شيء فكذلك إذا كان في يدها .

(فصل) والخلع على مجهول ينقسم أقساماً ، أحدها : أن يخالعه على عدد مجهول من شيء غير مختلف كالدنانير والدراهم كالتى يخالعه على ما في يدها من الدراهم فهي هذه التى ذكر الحرقى حكمها .

الثانى : أن يكون ذلك من شيء مختلف لا يعظم اختلافه مثل أن يخالعه

على عبد مطلق أو عبيد أو يقول . إن أعطيتني عبداً فانت طالق فإنها تطلق بأى عبد أعطته إياه ويملكه بذلك ولا يكون له غيره ، وكذلك إن خالته عليه فليس له إلا ما يقع عليه اسم العبد ، وإن خالته على عبيد فله ثلاثة ، هذا ظاهر كلام أحمد وقياس قوله وقول الخرق في المسألة التي قبلها ، وقد قال أحمد فيما إذا قال : إذا أعطيتني عبداً فانت طالق فإذا أعطته عبداً فهي طالق ، والظاهر من كلامه ما قلناه ، وقال القاضى . له عليها عبد وسط وتناول كلام أحمد على أنها أعطته عبداً وسطاً والظاهر خلافه .

ولنا أنها خالته على مسمى مجهول فكان له أقل ما يقع عليه الاسم كالأول حالها على ما في يدها من الدراهم ، ولأنه إذا قال ان أعطيتني عبداً فانت طالق فأعطته عبداً فقد وجد شرطه فيجب أن يقع الطلاق كالأول قال : ان رأيت عبداً فانت طالق ولا يلزمها أكثر منه لأنها لم تلزم له شيئاً فلا يلزمها شيء . قالوا مطلقاً بغير خلع .

الثالث : أن يخالها على مسمى تعظم الجمالة فيه مثل أن يخالها على دابة أو بعير أو بقرة أو ثوب أو يقول : ان أعطيتني ذلك فانت طالق فالواجب في الخلع ما يقع عليه الاسم من ذلك ويقع الطلاق بها إذا أعطته إياه فيها إذا علق طلاقها على عطيته إياه ولا يلزمها غير ذلك في قياس ما قبلها . وقال القاضى وأصحابه من الفقهاء ترد عليه ما أخذت من صداقها لأنها فوتت البضع ولم يحصل له العوض لجهالة فوجب عليها قيمة ما فوتت وهو المهر .

ولنا ما تقدم ، ولأنها ما التزمت له المهر المسمى ولا مهر المثل فلم يلزمها كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق ، ولأن المسمى قد استوفى بدله بالوطء فكيف يجب بغير رضى ممن يجب عليه ؟ والاشبه بمذهب أحمد أن يكون الخلع بالمجهول كالوصية به ، ومن هذا القسم لو خالها على ما في بيتها من المتاع فإن كان فيه متاع فهو له قليلاً كان أو كثيراً معلوماً أو مجهولاً ، وإن لم يكن فيه متاع فله أقل ما يقع عليه اسم المتاع ، وفي قول القاضى عليها المسمى في الصداق ، وهو قول أصحاب الرأى والوجه للقولين ما تقدم .

الرابع : أن يخالها على حمل أمتها أو غنمها أو غيرها من الحيوان أو قال على

ما في بطنها أو ضروعها فيصح الخلع ، وروى عن أبي حنيفة يصح الخلع على ما في بطنها ولا يصح على حملها .

ولنا أن حملها هو ما في بطنها فصح الخلع عليه كما لو قال على ما في بطنها ، إذا ثبت هذا فإنه إن خرج الولد سليبا أو كان في ضروعها شيء من اللبن فهو له وإن لم يخرج شيء . فقال القاضي لا شيء له وهو قول مالك وأصحاب الرأي ، وقال ابن عقيل لها مهر المثل ، وقال أبو الخطاب له المسمى ، وإن خالعتها على ما بشر نخلها أو تحمل أمها صح ، قال أحمد إذا خالعت امرأة على مرة نخلها سنين لجائز فإن لم يحمل نخلها ترضيه بشيء . قيل له فإن حمل نخلها ، قال هذا أجود من ذلك ، قيل له يستقيم هذا ، قال نعم جائز فيحتمل قول أحمد ترضيه بشيء أن له أقل ما يقع عليه اسم الثمرة أو الحمل فتعطيه عن ذلك شيئا أي شيء كان مثل ما أزمناه في مسألة المتاع ، وقال القاضي لا شيء له وتناول قول أحمد ترضيه بشيء على الاستحباب لأنه لو كان واجبا لتقدر بتقدير يرجع إليه ، وفرق بين هاتين المسألتين ومسألة الداراهم والمتاع حيث يرجع فيهما بأقل ما يقع عليه الاسم إذا لم يجد شيئا وهنا لا يرجع بشيء إذا لم يجد حملا ولا ثمرة ثم أوجته أن معها دراهم وفي بيتها متاع لأنها خاطبته بلفظ يقتضي الوجود مع إمكان عليها به فكان له ما دل عليه لفظها كما لو خالعت على عبد فوجدته حرا ، وفي هاتين المسألتين دخل معها في المقدم مع تساويهما في العلم في الحال ورعاها بما فيه من الاحتمال فلم يكن له شيء غيره كما لو قال خالعتك على هذا الحر ، وقال أبو حنيفة لا يصح العوض هنا لأنه معدوم .

ولنا أن ما جاز في الحمل في البطن جاز فيما يحمل كالوصية واختار أبو الخطاب أن له في هذه الأقسام الثلاثة المسمى في الصداق وأوجب له الشافعي مهر المثل ولم يصح أبو بكر الخلع في هذا كله وقد ذكرنا نصوص أحمد على جوازه والدليل عليه والله أعلم .

(فصل) وإذا خالعت على رضاع ولده سنين صح وكذلك إن جعلها وقتا معلوما قل أو كثر ، وبهذا قال الشافعي ، لأن هذا مما تصح المعاوضة عليه في غير

الحلم في الحلم أولى فإن حالته على رضاع ولده مطلقا ولم يذكر أمده صح
أيضا وينصرف إلى ما بقي من الحولين نص عليه أحد قبل له ويستقيم هذا الشرط
رضاع ولدها ، ولا يقول : ترضعه سنتين ؟ قال : نعم ، وقال أصحاب الشافعي
لا يصح حتى يذكر أمدة الرضاع ، كما لا تصح الإجارة حتى يذكر المدة .

ولنا أن الله تعالى قيده بالحولين ، فقال تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن
حولين كاملين) وقال سبحانه (وفصاله في عامين) وقال (وحمله وفصاله ثلاثون شهرا)
ولم يبين مدة الحمل وهنا والفصال ، لحمل على ما فسره الآية الأخرى وجعل
الفصال عامين والحمل ستة أشهر .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم : لا رضاع بعد فصال ، يعني بعد العامين ،
فيحمل المطلق من كلام الأدمي على ذلك أيضا ولا يحتاج إلى وصف الرضاع ،
لأن جنسه كاف ، كما لو ذكر جنس الحيطة في الإجارة ، فإن ماتت المرضعة
أو جف لبنها فعليها أجر المثل لما بقي من المدة ، وإن مات الصبي فكذلك ، وقال
الشافعي في أحد أقواله : لا يفسخ ، ويأتيها بصبي ترضعه مكانه لأن الصبي مستوفى
به لا معقودا عليه فاشبه ما لو استاجر دابة ليركبها فمات .

ولنا أنه عقد على فعل في عين فيفسخ ب تلفها كما لو ماتت الدابة المستجرة ،
ولأن ما يستوفيه من اللبن إنما يتقدر بحاجة الصبي وحاجات الصبيان تختلف
ولا تنضب فلم يجوز أن يقوم غيره مقامه كما لو أراد إبداله في حياته ، ولأنه لا يجوز
إبداله في حياته فلم يجوز بعد موته كالمرضة بخلاف راكب الدابة ، وإن وجد أحد
هذه الأمور قبل مضي شيء من المدة فعليها أجر رضاع مثله ، وعن مالك كقولنا
وعنه لا يرجع بشيء ، وعن الشافعي كقولنا وعنه يرجع بالمهر .

ولنا أنه عوض معين تلف قبل قبضه فوجبت قيمته أو مثلها كما لو خالفها
على قبض فهلك قبل قبضه .

(فصل) وإن خالعهما على كفاية ولده عشر سنين صح وإن لم يذكر مدة
الرضاع منها ولا قدر الطعام والأدم ويرجع عند الإطلاق إلى نفقة مثله ، وقال
الشافعي : لا يصح حتى يذكر مدة الرضاع وقدر الطعام وجنسه وقدر الأدم وجنسه
ويكون المبلغ معلوما مضبوطا بالصفة كالمسلم فيه وما يحمل منه كل يوم ، ومبني

الخلاف على اشتراط الطعام للأجير مطلقا . وقد ذكرناه في الاجارة ودالنا عليه بقصة موسى عليه السلام وقول النبي صلى الله عليه وسلم : رحم الله أخى موسى أجر نفسه بطعام بطنه وعفة فرجه ، ولأن نفقة الزوجة مستحقة بطريق المعاوضة وهي غير مقدرة كذا ههنا ، وللوالد أن يأخذ منها ما يستحقه من مؤنة الصبي وما يحتاج اليه ، لأنه يدل ثبت له في ذمتها ، فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره ، فإن أحب أنفقه بعينه وإن أحب أخذه لنفسه وأنفق عليه غيره ، وإن أذن لها في أنفاقه على الصبي جاز ، فإن مات الصبي بعد انقضاء مدة الرضاع فلا يبيح أن يأخذ ما ينبت من المؤنة ، وهل يستحقه دفعة أو يوما بيوم ؟ فيه وجهان .

أحدهما : يستحقه دفعة واحدة ، ذكره القاضى فى الجامع ، واحتج بقول أحمد إذا خالماها على رضاع ولده فمات فى أثناء الحولين قال يرجع عليها ببقية ذلك ولم يعتبر الأجل ، ولأنه إنما فرق الحاجة الوالد اليه متفرقا ، فإذا زالت الحاجة الى التفريق استحق جملة واحدة .

والثانى : لا يستحقه إلا يوما بيوم ، ذكره القاضى فى المجرى وهو الصحيح ؛ لأنه ثبت منبها فلا يستحقه معجلا كما لو أسلم اليه فى خبر يأخذه منه كل يوم أرطالا معلومة ، فمات المستحق له ، ولأن الحق لا يحل بموت المستوفى ، كما لو مات وكيل صاحب الحق ؛ وإن وقع الخلاف فى استحقاقه بموت من هو عليه ، ولاصحاب الشافعى فى هذا وجهان كعدين ، وإن ماتت المرأة خرج فى استحقاقه فى الحال وجهان كعدين بناء على أن الدين ، هل يحل بموت من هو عليه أم لا ؟

(فصل) والعوض فى الخلع كالعوض فى الصداق والبيع إن كان مكيلا أو موزونا لم يدخل فى ضمان الزوج ولم يملك التصرف فيه إلا بقبضه ، وإن كان غيرهما دخل فى ضمانه بمجرد الخلع وصح تصرفه فيه .

قال أحمد فى امرأة قالت لزوجها : اجعل امرى يدي وإك هذا العبد ففعل ثم خبرت ، فاختارت نفسها بعد ما مات العبد جائزا ، وليس عليها شيء . قال : ولو اعتقت العبد ثم اختارت نفسها لم يصح عتقها له فلم يصح عتقها له ، لأن ملكها زال عنه بجعلها له عوضا فى الخلع ولم يضمها إياه إذا تلف لأنه عوض معين غير مكيل ولا موزون فدخل فى ضمان الزوج بمجرد العقد ، ويخرج فيه وجه أنه

لا يدخل في ضمانه ولا يصح تصرفه فيه ، حتى يقبضه كما ذكرنا في عوض البيع وفي الصداق ، وأما المكيل والموزون فلا يصح تصرفه فيه ولا يدخل في ضمانه حتى يقبضه . فإن تلف قبل قبضه : فالواجب مثله ، لأنه من ذوات الأمان ، وقد ذكر القاضي في الصداق : أنه يجوز التصرف فيه قبل قبضه . وإن كان مكبلا أو موزونا . لأنه لا يفسخ سيده بتلفه فبهنا مثله .

« مسألة ، قال (وإن خالعا على غير عوض كان خلعاً ولا شيء له) »

اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسألة ، فروى عنه ابنه عبد الله ، قال : قلت لأبي رجل علق به امرأته تقول اخلعني . قال : قد خلعتك ، قال : يتزوج بها ويجدد نكاحاً جديداً وتكون عنده على اثنين ، فظاهر هذا صحة الخلع بغير عوض ، وهو قول مالك ، لأنه قطع للنكاح ، فصح من غير عوض كالطلاق . ولأن الأصل في مشروعية الخلع أن توجد من المرأة رغبة عن زوجها وحاجة إلى فراقه فتسأله فراقها ، فإذا أجابها حصل المقصود من الخلع ، فصح كما لو كان بعوض قال أبو بكر : لا خلاف عن أبي عبد الله أن الخلع ما كان من قبل النساء فإذا كان من قبل الرجال فلا نزاع في أنه طلاق تملك به الرجعة ولا يكون فسخاً والرواية الثانية . لا يكون خلع إلا بعوض ، روى عنه مهنا إذا قال لها : اخلعني نفسك ، فقالت : خلعت نفسي لم يكن خلعاً إلا على شيء ، إلا أن يكون نوى الطلاق فيكون مانوياً . فعلى هذه الرواية لا يصح الخلع إلا بعوض ، فإن تلفظ به بغير عوض ونوى الطلاق كان طلاقاً رجعيّاً لأنه يصلح كناية عن الطلاق ، وإن لم ينو به الطلاق لم يكن شيئاً . وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ، لأن الخلع إن كان فسخاً فلا يملك الزوج فسخ النكاح إلا بعيبها ، وكذلك لو قال : فسخت النكاح ولم ينو به الطلاق لم يقع شيء بخلاف ما إذا دخله العوض فإنه يصير معاوضة فلا يجتمع له العوض والمعرض ، وإن قلنا : الخلع طلاق ، فليس بصريح فيه اتفاقاً ، وإنما هو كناية ، والكناية لا يقع بها الطلاق إلا بنية أو بذل للمعرض فيقوم مقام النية ، وما وجد واحد منهما ، ثم إن وقع الطلاق ، فإذا لم يكن بعوض لم يقتض البيئونة إلا أن تكمل الثلاث .

(فصل) إذا قالت : بعني عبدك هذا ، وطلقتني بألف ففعل صح . وكان يباع وخطما بعوض واحد : لأنهما عقدان يصح إفراد كل واحد منهما بعوض ، فصح جمعهما ، كبيع ثوبين ، وقد نص أحمد على الجمع بين بيع وحرف ، أنه يصح وهو نظير لهذا .

وذكر أصحابنا فيه وجه آخر : أنه لا يصح ، لأن أحكام العقدین مختلف ، والاول أصح لما ذكرنا ، وللشافعي فيه قولان أيضاً : فعلى قولنا يتقسط الألف على الصداق المسمى بقيمة العبد ، فيكون عوض الخلع ما يخص المسمى ، وعوض العبد ما يخص قيمته حتى لو رده بعيب رجعت بذلك ، وإن وجدته حراً أو مفصوباً رجعت به لأنه عوضه ، فإن كان مكان العبد شقص مشفوع ففيه الشفعة ويأخذ الشفيع بحصة قيمته من الألف لأنها عوضه .

(فصل)

وإن خالما على نصف دار صح . ولا شفعة فيه لأنه عوض عما لا قيمة له ، ويخرج أن فيه شفعة لأن له عوضاً : وهل يأخذ الشفيع بقيمته أو بمثل المهر على وجهين ، فأما إن خالما ودفع إليها ألفا بنصف دارها صح ولا شفعة أيضاً ، وقال أبو يوسف ومحمد : تجب الشفعة فيما قابل الألف لأنه عوض مال ولنا أن إيجاب الشفعة تقويم للبضع في حق غير الزوج ، والبضع لا يقوم في حق غيره ، ولأن الزوج ملك الشقص صفقة واحدة من شخص واحد ، فلا يجوز للشفيع أخذ بعضه ، قالوا اشتراه بثمن واحد .

مسألة ، قال (ولو خالما على ثوب نخرج معيها ، فهو غير بين أن يأخذ أرض العيب أو قيمة الثوب وورده)

وجه ذلك : أن الخلع يستحق فيه رد عوده بالعيب ، أو أخذ الأرض لأنه عوض في معاوضة ، فيستحق فيه ذلك ، كالبيع والصداق ، ولا يخلو إما أن يكون على معين ، مثل أن تقول : أخلعتني على هذا الثوب ، فيقول : خلعتك ، ثم تجد به عيباً لم يكن علم به فهو غير بين رده وأخذ قيمته وبين أخذ أرضه ، وإن قال إن أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق ، فأعطته إياه طلقت وملكه .

قال أصحابنا : والحكم فيه كالمو خالها عليه ، وهذا مذهب الشافعي إلا أنه لا يجعل له المطالبة بالأشرف مع إمكان رده ، وهذا أصل ذكرناه في البيع ، وله أيضا قول : أنه إذا رده رجع بمهر المثل ، وهذا الأصل ذكر في الصداق ، وإن خالها على ثوب موصوف في الذمة واستقصى صفات السلم صح وعليها أن تعطيه إياه سليما ، لأن إطلاق ذلك يقتضي السلامة كما في البيع والصداق : فإن دفعته إليه معيبا أو ناقصا عن الصفات المذكورة ، فله الخيار بين إمساكه أو رده والمطالبة بثوب سليم على تلك الصفة . لأنه إنما وجب في الذمة سليما تام الصفات ، فيرجع بما وجب له ، لأنها ما أعطته الذي وجب له عليها .

وإن قال : إن أعطيتني ثوبا صفة كذا وكذا ، فأعطته ثوبا على تلك الصفات طلفت وملسك ، وإن أعطته ناقصا صفة لم يقع الطلاق ولم يملكك ، لأنه ما وجد الشرط ، فإن كان على الصفة لكن به عيب ، وقع الطلاق لوجود شرطه ، قال القاضي : ويتخير بين إمساكه ورده والرجوع بقيمته ، وهذا قول الشافعي ، إلا أن له قولاً أنه يرجع بمهر المثل على ما ذكرنا وعلى ما قلنا نحن فيما تقدم : أنه إذا قال : إذا أعطيتني ثوبا أو عبداً أو هذا للثوب أو هذا العبد فأعطته إياه معيبا طلفت وليس له شيء سواه ، وقد نص أحمد على من قال : إن أعطيتني هذا الألف فأنى طالق ، فأعطته إياه فوجده معيبا ، فليس له البدل .

وقال أيضا : إذا قال : إن أعطيتني عبداً فأنى طالق ، فإذا أعطته عبداً فهو طالق ويملكك ، وهذا يدل على أن كل موضع قال إن أعطيتني كذا فأعطته إياه : فليس له غيره ، وذلك لأن الإنسان لا يلزمه في ذمته شيء إلا بالزام أو التزام ولم يرد التبرع بالزامها هذا ولا هي التزمته له ، وإنما علق طلاقها على شرط وهو عطيتها له ذلك فلا يلزمها شيء سواه ، ولأنها لم تدخل معه في معاوضة ، وإنما حققت شرط الطلاق فأنشبه ما لو قال : إن دخلت الدار فأنى طالق فدخلت أو ما لو قال : إن أعطيت أباك عبداً فأنى طالق فأعطته إياه .

(فصل) إذا قال : إن أعطيتني ألف درهم ، فأنى طالق ، فأعطته ألفاً أو أكثر طلفت لوجود الصفة ، وإن أعطته دون ذلك لم تطلق لعدمها ، وإن أعطته ألفاً وأربعة تنقص في العدد طلفت ، وإن أعطته ألفاً عدداً تنقص في الوزن لم تطلق

لأن إطلاق الدرهم يتصرف إلى الوازن من دراهم الإسلام وهي ما كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل .

ويحتمل أن الدراهم متى كانت تنفق برءوسها من غير وزن طلقت ، لأنها يقع عليها اسم الدراهم ويحصل منها مقصودها : ولا تطلق إذا أعطته وازنة تنقص في العدد لذلك ، وإن أعطته الفارديته كتحاس فيها أو رصاص أو نحوه لم تطلق ، لأن إطلاق الألف يتناول ألفاً من الفضة ، وليس في هذه ألف من الفضة ، وإن زادت على الألف بحيث يكون فيها ألف فضة طلقت ، لأنها قد أعطته ألفاً فضة وإن أعطته سببها تبلغ ألفاً لم تطلق لأنها لا تسمى دراهم ، فلم توجد الصفة بخلاف المعشوشة فإنها تسمى دراهم ، وإن أعطته ألفاً ردى الجنس المشوشة أو سواد أو كانت وحشة السكة طلقت لأن الصفة وجدت . قال القاضي : وله ردها وأخذ بدلها ، وهذا قد ذكرناه في المسألة التي قبلها .

فصل

وإن قال إن أعطيتني ثوباً مروياً فانت طالق فأعطته مروياً لم تطلق لأن الصفة التي علق الطلاق عليها لم توجد ، وإن أعطته مروياً طلقت ، وإن خالعهما على مروى فأعطته مروياً فالخلع واقع ويطالها بما خالعهما عليه ، وإن خالعهما على ثوب بعينه على أنه مروى فإن مروياً فالخلع صحيح لأن جنسهما واحد ، وإنما ذلك اختلاف صفة لجرى بجرى الميب في العوض وهو بخير بين أمساكه ولا شيء له غيره وبين رده وأخذ قيمته لو كان مروياً لأن مخالفة الصفة بمنزلة الميب في جواز الرد .

وقال أبو الخطاب : وعندى لا يستحق شيئاً سواه لأن الخلع على عيبه وقد أخذه ، وإن خالعهما على ثوب على أنه قطن فإن كتماناً لزم رده ولم يكن له أمساكه لأنه جنس آخر واختلاف الجنس كالختلاف الأعيان بخلاف ما لو خالعهما على مروى فخرج مروياً فإن الجنس واحد .

(فصل) كل موضع علق طلاقها على عطيتها إياه متى أعطته على صفة يمكنه القبض وقع الطلاق سواء قبضه منها أو لم يقبضه لأن العطية وجدت ، فإنه يقال : أعطته فلم يأخذ ، ولأنه علق اليقين على فعل من جهتها والذي من جهتها في العطية

البذل على وجه يمكنه قبضه ، فإن هرب الزوج أو غاب قبل عطيتها أو قالت بضمنه لك زيد أو اجعله قصاصاً على عليك أو أعطته به رهناً أو أحالته به لم يقع الطلاق لأن العطية ما وجدت ولا يقع الطلاق بدون شرطه ، وكذلك كل موضع تعذر العطية فيه لا يقع الطلاق سواء كان التعذر من جهة أو من جهتها أو من جهة غيرهما لا قضاء الشرط : ولو قالت طلقني بألف فطلقها استحق الألف وبانت وإن لم يقبض ، نص عليه أحمد ، قال أحمد ولو قالت لا أعطيك شيئاً بأخذها بالألف ، يعني ويقع الطلاق لأن هذا ليس بتعليق على شرط بخلاف الأول .

(فصل) وتعلق الطلاق على شرط العطية أو الضمان أو التملك لازم من جهة الزوج لزوما لا سبيل إلى دفعه فإن الغالب فيها حكم التعليق المحض بدليل صحة تعليقه على الشروط ويقع الطلاق بوجود الشرط سواء كانت العطية على الفور أو التراخي ، وقال الشافعي إن قال متى أعطيتني أو متى ما أعطيتني ، أو أي حين أو أي زمان أعطيتني ألقا فانت طالق فذلك على التراخي ، وإن قال إن أعطيتني أو إذا أعطيتني ألقا فانت طالق فذلك على الفور فإن أعطته جواباً لكلامه وقع الطلاق ، وإن تأخر العطاء لم يقع الطلاق لأن قبول المعاوضات على الفور فإذا لم يوجد منه نصريح بخلافه وجب حمل ذلك على المعاوضات بخلاف متى وأى فإن فيها نصريحاً بالتراخي ونصافه ، وإن صار معاوضة فإن تعليقه بالصفة جائز أما [إن وإذا] فإنهما يحتملان الفور والتراخي فإذا تعلق بهما العوض حمل على الفور .

ولنا أنه علق الطلاق بشرط الإعطاء فكان على التراخي كسائر التعليق أو نقول : علق الطلاق بحرف مقتضاه التراخي فكان على التراخي كما لو خلا عن العوض ، والدليل على أن مقتضاه التراخي أنه يقتضيه إذا خلا عن العوض ومقتضيات الألفاظ لا تختلف بالعوض وعدمه ، وهذه المعاوضة معدول بها عن سائر المعاوضات بدليل جواز تعليقها على الشروط ويكون على التراخي فيما إذا علقها متى أو بأى فكذلك في مسألتنا ، ولا يصح قياس ما نحن فيه على غيره من المعاوضات لما ذكرنا من الفرق ثم يبطل قياسهم بقول السيد لعبد إن أعطيتني ألقا فانت حر فانه كسألتنا وهو على التراخي ، على أننا قد ذكرنا أن حكم هذا اللفظ حكم الشرط المطلق .

(فصل)

إذا قال لامرأته أنت طالق بألف إن شئت لم تطلق حتى تشاء فإذا شئت وقع الطلاق باتنا ويستحق الألف سواء سألته الطلاق فقالت طلقني بألف فأجابها أو قال ذلك لها ابتداء لأنه علق طلاقها على شرط فلم يوجد قبل وجوده ، وتعتبر مشيئتها بالقول فانها وإن كان محلها القلب فلا يعرف ما في القلب إلا بالنطق فيعلق الحكم به ويكون ذلك على التراخي فمتى شئت طلقت ، نص عليه أحمد ، ومذهب الشافعي كذلك إلا في أنه على الفور عنده . ولو أنه قال لامرأته أمرك بيدك إن ضمننت لي ألفا ، فقياس قول أحمد أنه على التراخي ، لأنه نص على أن أمرك بيدك على التراخي ، ونص على أنه إذا قال لها أنت طالق إن شئت أن لها المشيئة بعد مجلسها ، ومذهب الشافعي أنه على الفور لما تقدم .

ولنا أنه لو قال لعبدته إن ضمننت لي ألفا فانت حر كان على التراخي ، ولو قال له أنت حر على ألف — إن شئت كان على التراخي والطلاق نظير العتق ، فعلى هذا متى ضمننت له ألفا كان أمرها بيدها وله الرجوع فيما جعل اليها لأن أمرك بيدك توكيل منه لها فله الرجوع فيه كما يرجع في الوكالة ، وكذلك لو قال لزوجته طالق نفسك إن ضمننت لي ألفا فمتى ضمننت له ألفا وطلقت نفسها وقع ما لم يرجع ، وإن ضمننت الألف ولم تطلق أو طلقت ولم تضمن لم يقع الطلاق .

« مسألة ، قال (وإذا خالعا على عبد فخرج حراً أو استحق فله عليها قيمته)

وجملة ذلك أن الرجل إذا خالعا امرأته على عوض يظنه مالا فبان غير مال مثل أن يخالعا على عبد بعينه فيبين حراً أو مقصوباً أو على نخل فيبين خمراً ، فإن الخلع صحيح في قول أكثر أهل العلم ، لأن الخلع معاوضة بالبضع فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح ولكنه يرجع عليها بقيمته لو كان عبداً ، وبهذا قال أبو ثور وصاحبنا أبي حنيفة ، وإن خالعا على هذا الدن النخل فبان خمراً رجعت عليها بمثله خلا لأن النخل من ذوات الأمثال ، وقد دخل على أن هذا المعين نخل فكان له مثله كما لو كان خلا فتلف قبل قبضه ، وقد قيل يرجع بقيمته مثله خلا لأن الخمر ليس من ذوات الأمثال ، والصحيح الأول لأنه إنما وجب عليها مثله لو كان خلا كما نوجب

قيمة الحر بتقدير كونه عبداً فإن الحر لا قيمة له ، وقال أبو حنيفة في المسألة كلها يرجع بالمسمى ؛ وقال الشافعي يرجع بمهر المثل ، لأنه عقد على البضع بعوض فاسد فأشبهه النكاح بخمر ؛ واحتج أبو حنيفة بأن خروج البضع لا قيمة له فإذا غرته رجع عليها بما أخذت . . .

ولنا أنها عين يجب تسليمها مع سلامتها وبقاء سبب الاستحقاق فوجب بدلها مقدراً بقيمتها أو مثلها كالمغصوب والمستعار ، وإذا خالعتها على عبد فخرج مغصوباً أو أم ولد ، فإن أبا حنيفة يسلمه ويوافقنا فيه .

(فصل) وإن خالعتها على محرم يعطيان تحريره كالحرة والخنزير والمينة ، فهو كالحملع بغير عوض سواء لا يستحق شيئاً ؛ وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وقال الشافعي : له عليها مهر المثل لأنه معاوضة بالبضع فإذا كان العوض محرماً وجب مهر المثل كالنكاح .

ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم على ما أسلفنا فإذا رضى بغير عوض لم يكن له شيء كما لو طلقها أو علق طلاقها على فعل شيء ففعلته وفارق النكاح فإن دخول البضع في ملك الزوج متقوم ، ولا يلزم إذا خالعتها على عبد فإن حراً لأنه لم يرض بغير عوض متقوم فيرجع بحكم الغرور وههنا رضى بما لا قيمة له ، إذا تقرر هذا فإن كان الحملع بلفظ الطلاق فهو طلاق رجعي لأنه خلا عن عوض ، وإن كان بلفظ الخلع وكمايات الخلع ونوى به الطلاق فكذلك ، لأن السكنايات مع النية كالصريح . وإن كان بلفظ الخلع ولم ينو الطلاق انبنى على أصل وهو أنه هل يصح الحملع بغير عوض ؟ وفيه روايتان ، فإن قلنا يصح صح ههنا ، وإن قلنا لا يصح لم يصح ولم يقع شيئاً . وإن قال إن أعطيتي خمرأ أو مينة فانت طالق فأعطته ذلك طلقت ولا شيء عليها ، وعند الشافعي عليها مهر المثل كقوله في النى قبلها .

(فصل) فإن قال إن أعطيتي عبداً فانت طالق فأعطته مدبراً أو معتقاً نصفه وقع الطلاق بهما لأنهما كالقن في التملك ، وإن أعطته حراً أو مغصوباً أو موهوناً لم تطلق ، لأن العطية انما تناول ما يصح تملكه وما لا يصح تملكه لا تكون معطية له . وإن قال إن أعطيتي هذا العبد فانت طالق فأعطته إياه فإذا هو حراً أو مغصوباً

لم تطلق أيضا لما ذكره أبو بكر وأوما إليه أحد : وذكر القاضي وجهها آخر أنه يقع الطلاق قال وأوما إليه أحد في موضع آخر لأنه إذا عينه فقد قطع اجتهادها فيه ، فإذا أعطته إياه وجدت الصفة فوق الطلاق بخلاف غير المعين ، ولا صحاب الشافعي أيضا وجهان كذلك وعلى قولهم يقع الطلاق هل يرجع بقيسته أو بهر المثل ؟ على وجهين .

ولنا أن العطية إنما معناها المتبادر إلى الفهم منها عند إطلاقها التمكن من تملكه بدليل غير المعين ، ولأن العطية معناها التملك بدليل حصول الملك بها فيما إذا كان العبد مملوكا لها وانتفاء الطلاق فيما إذا كان غير معين .

ومسألة ، قال (وإذا قالت له طلقني ثلاثا باللف فطلقها واحدة لم يكن له شيء ولزمها تطليقة)

أما وقوع الطلاق بها فلا خلاف فيه . وأما الالف فلا يستحق منه شيئا ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي : له ثلث الالف ، لأنها استدعت منه فعلا بمعرض فاذا فعل بعضه استحق بقسطه من المعرض كما لو قال من رد عبيدي فله ألف فرد ثلثهم استحق ثلث الالف ، وكذلك في بناء الحائط وخياطة الثوب .

ولنا أنها بذلت المعرض في مقابلة شيء لم يجبها إليه فلم يستحق شيئا ، كما لو قال في المسابقة من سبق إلى خمس أصابات فله ألف ، فسبق إلى بعضها أو قالت بعني عبدك بالاف فقال : بعثك أحدهما بخسمائة ، وكما لو قالت طلقني ثلاثا على ألف فطلقها واحدة فإن أبا حنيفة وافقنا في هذه الصورة على أنه لا يستحق شيئا ، فإن قيل الفرق بينهما أن الباء للمعرض دون الشرط وعلى الشرط فكانها شرطت في استحقاقه الالف أن يطلقها ثلاثا ، قلنا : لا نسلم أن على الشرط فإنها ليست مذكورة في حروفه وإنما معناه معنى الباء واحد ، وقد سوى بينهما فيما إذا قالت طلقني وضرتني بالاف أو على ألف ومقتضى اللفظ لا يختلف بكون المطلقة واحدة أو اثنتين .

(فصل) فإن قالت طلقني ثلاثا ولك ألف فهي كالتى قياما إن طلقها أقل من ثلاث وقع الطلاق ولا شيء له ، وإن طلقها ثلاثا استحق الالف ، ومذهب

الشافعي وأبي يوسف ومحمد فيما كذبهم في التي قبلها ، وقال أبو حنيفة لا يستحق شيئا ، وإن طلقها ثلاثا لأنه لم يعلق الطلاق بالعوض ،

ولنا أنها استدعت منه الطلاق بالعوض فأشبه ما لو قال رد عبدى وإلك ألف مرده ، وقوله لم يعلق الطلاق بالعوض غير مسلم فإن معنى الكلام وإلك ألف عوضا عن طلاق فإن قرينة الحال دالة عليه ، وإن قالت طلقنى وضرتى بألف أو على ألف علينا وطلقا وحدها طلقنا وعليها قطعنا من الألف لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين وخلعه للرايتين بعوض عليهما خلعتان فجاز أن يتعقد أحدهما صحيحا موجبا للعوض دون الآخر ، وإن كان العوض منها وحدها فلا شيء له في قياس المذهب لأن العقد لا يتعدد بتعدد العوض ولذلك لو اشترى منه عبيدين بثمن واحد كان عقداً واحداً بخلاف ما إذا كان العقد من أحد الطرفين اثنين فإنه يكون عقدين .

(فصل)

وإن قالت طلقنى ثلاثا بألف ولم يبق من طلاقها إلا واحدة فطلقها واحدة أو ثلاثا بانث ثلاث ، قال أصحابنا ويستحق الألف علمت أو لم تعلم وهو منصوص الشافعي ، وقال المزني : لا يستحق الاثنتي الألف ، لأنه إنما طلقها ثلث ما طلبت منه فلا يستحق الاثنتي الألف كما لو كان طلاقها ثلاثا ، وقال ابن سريج إن علمت أنه لم ينو من طلاقها إلا طلقه استحق الألف وإن لم تعلم كقول المزني لأنها إن كانت عاملة كان معنى كلامها كمل لي الثلاث وقد فعل ذلك ، ووجه قول أصحابنا أن هذه الواحدة كملت الثلاث وحصلت ما يحصل بالثلاث من البيونة وتحريم العقد فوجب بها العوض كما لو طلقها ثلاثا .

(فصل) فإن لم يبق من طلاقها إلا واحدة فقالت طلقنى بألف واحدة أين بها واثنين في نكاح آخر فقال أبو بكر قياس قول أحد أنه إذا طلقها واحدة استحق العوض فإن تزوج بها بعد ذلك ولم يطلقها رجعت عليه بالعوض لأنها بذلت العوض في مقابلة ثلاث فإذا لم يوقع الثلاث لم يستحق العوض كما لو كانت ذات طلقات ثلاث فقالت طلقنى ثلاثا فلم يطلقها إلا واحدة ومقتضى هذا أنه إذا

لم ينكحها نكاحاً آخر أبداً ترجع عليه بالعوض وإنما يفوت نكاحه إياها بموت أحدهما وإن نكحها نكاحاً آخر وطلقها اثنتين لم ترجع عليه بشيء وإن لم يطلقها إلا واحدة رجعت عليه بالعوض كله .

وقال القاضى الصحيح فى المذهب أن هذا لا يصح فى الطلقتين الأخريين لأنه سلف فى طلاق ولا يصح السلم فى الطلاق ولأنه معاوضة على الطلاق قبل النكاح والطلاق قبل النكاح لا يصح فالمعاوضة عليه أولى فإذا بطل فيهما انبنى ذلك على تفريق الصفقة فإذا قلنا تفرق فله ثلث الآلف ، وإن قلنا لا تفرق فسد العوض فى الجميع ويرجع بالمسمى فى عقد النكاح .

(فصل)

وإن قالت طلق واحدة بألف فطلقها ثلاثاً استحق الآلف ، وقال محمد بن الحسن : قياس قول أبى حنيفة أنه لا يستحق شيئاً ، لأن الثلاث مخالفة للواحدة لأن تحريرها لا يرتفع إلا بزواج وإصابة وقد لا تريد ذلك ولا تبدل العوض فيه فلم يكن ذلك إيقاع لما استدعته بل هو إيقاع مبتدأ فلم يستحق به عوضاً . ولما أنه أوقع ما استدعته وزيادة لأن الثلاث واحدة واثنان وكذلك لو قال طالق نفسك ثلاثاً فطلقت نفسها واحدة وقع فيستحق العوض بالواحدة وما حصل من الزيادة التى لم تبدل العوض فيها لا يستحق بها شيئاً ، فإن قال لها أنت طالق بألف وطالق وطالق وقعت الأولى بائة ولم تقع الثانية ولا الثالثة لأنهما جاءا بعد بينوتها . وهذا مذهب الشافعى

وإن قال لها أنت طالق وطالق وطالق بألف وقع الثلاث ، وإن قال أنت طالق وطالق وطالق ولم يقل بألف قيل له أيتهن أوقعت بالآلف ؟ فإن قال الأولى بائة بها ولم يقع ما بعدها ، وإن قال الثانية بائة بها ووقعت بها طلقتان ولم تقع الثالثة وإن قال الثالثة وقع الكل

وإن قال نويت أن الآلف فى مقابلة الكل بائة بالأولى وحدها ولم يقع بها ما بعدها لأن الأولى حصل فى مقابلتها عوض وهو قسطها من الآلف فبائة بها وله ثلث الآلف لأنه رضى بأن يوقعها بذلك مثل أن تقول طلقنى بألف فيقول أنت طالق بخسمائة . هكذا ذكره القاضى وهو مذهب الشافعى

ويحتمل أن يستحق الألف لأنه أتى بها بذلت العوض فيه بذية العوض فلم يستطع بعضه بنيته كما لو قالت رد عيدي بألف فردته ينوي خمسمائة ، وإن لم ينو شيئاً استحق الألف بالأولى ولم يقع بها ما بعدها ، ويحتمل أن تقع الثلاث لأن الواو للجمع ولا تقتضي ترتيباً فهو كقوله أنت طالق ثلاثاً بألف وكذلك لو قال لغير مدخول بها أو قال أنت طالق وطالق وبألف طلقت ثلاثاً .

(فصل)

وإذا قالت طلقني بألف أو على أن لك ألفاً أو إن طلقني فلك على ألف فقال أنت طالق استحق الألف وإن لم يذكره لأن قوله جواب لما استدعته منه والسؤال معاد في الجواب فأشبهه ما لو قالت بعني عبدك بألف فقال بعته ، وإن قالت خلعتني بألف فقال أنت طالق ، فإن قلنا الخلع طلقة بآنة وقع واستحق العوض لأنه أجابها إلى ما بذلت العوض فيه .

وإن قلنا هو فسخ احتتمل أن يستحق العوض أيضاً لأن الطلاق يتضمن ما طلبته وهو بينوتها وفيه زيادة نقصان العدد فأشبهه ما لو قالت طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثاً احتتمل أن لا يستحق شيئاً لأنها استدعت منه فسخاً فلم يجبها إليه وأوقع طلاقاً ما طلبته ولا بذلت فيه عوضاً ، فعلى هذا يحتمل أن يقع الطلاق رجعياً لأنه أوقعه مبتدئاً به غير مبذول فيه عوض فأشبهه ما لو طلقها ابتداءً ، ويحتمل أن لا يقع لأنه أوقعه بعوض فإذا لم يحصل العوض لم يقع لأنه كالشرط فيه فأشبهه ما لو قال : إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق ، وإن قالت طلقني بألف فقال خلعتك فإن قلنا هو طلاق استحق الألف لأنه طلقها وإن نوى به الطلاق فكذلك لأنه كناية فيه وإن لم ينو الطلاق ، وقلنا ليس بطلاق لم يستحق عوضاً لأنه ما أجابها إلى ما بذلت العوض فيه ولا يتضمنه لأنها سأله طلاقاً ينقص به عدد طلاقه فلم يجبها إليه وإذا لم يجب العوض لم يصح الخلع لأنه إنما خالعه معتقداً لحصول العوض فإذا لم يحصل لم يصح ، ويحتمل أن يكون كالخلع بغير عوض وفيه من الخلاف ما فيه .

(فصل) ولو قالت له طلقني عشراً بألف فطلقها واحدة أو اثنتين فلا شيء له لأنه لم يجبها إلى ما سألت فلم يستحق عليها ما بذلت ، وإن طلقها ثلاثاً استحق

الألف على قياس قول أصحابنا فيها إذا قالت طلقني ثلاثاً بألف ولم يبق من طلاقها إلا واحدة فطلقها واحدة استحق الألف لأنه قد حصل بذلك جميع المقصود .
 (فصل) ولو لم يبق من طلاقها إلا واحدة فقالت طلقني ثلاثاً بألف فقال أنت طالق طلقين الأولى بألف والثانية بغير شيء وقعت الأولى واستحق الألف ولم تقع الثانية ، وإن قال الأولى بغير شيء وقعت وحدها ولم يستحق شيئاً ، لأنه لم يجعل لها عوضاً وكملت الثلاث ، وإن قال إحداها بألف لزمها الألف ، لأنها طلبت منه طلاقاً بألف فأجابها إليها وزادها أخرى :

فصل

وإن قالت طلقني بألف إلى شهر أو أعطته ألفاً على أن يطلقها إلى شهر فقال إذا جاء رأس الشهر فانت طالق مسح ذلك واستحق العوض . ووقع الطلاق عند رأس الشهر إنما ، لأنه بعوض ، وإن طلقها قبل مجيء الشهر طلقته ولا شيء له ذكره أبو بكر وقال روى ذلك عن أحمد : على بن سعيد وذلك لأنه إذا طلقها قبل رأس الشهر فقد اختار إيقاع الطلاق من غير عوض ، وقال القاضي إذا أخذ منها ألفاً على أن يطلقها إلى شهر فطلقها بألف بانت وعليها مهر المثل ، لأن هذا سلف في طلاق فلم يصح لأن الطلاق لا يثبت في الدمة ، ولأنه عقد يتعلق بعين فلا يجوز شرط تأخير التسليم فيه .

ولأنها جعلت له عوضاً صحيحاً على طلاقها فإذا طلقها استحقه كما لو لم يطلق إلى شهر ، ولأنها جعلت له عوضاً صحيحاً على طلاقها فلم يستحق أكثر منه كالأصل ، وإن قالت لك ألف على أن تطلقني أي وقت شئت من الآن إلى شهر صح في قياس المسألة التي قبلها ، وقال القاضي : لا يصح ، لأن زمن الطلاق مجهول فإذا طلقها فلا مهر المثل ، وهذا مذهب الشافعي لأنه طلقها على عوض لم يصح لفساده .

ولأن ما تقدم في التي قبلها ، ولا تضر الجهالة في وقت الطلاق لأنه ما يصح تعليقه على الشرط فصح بذل العوض فيه مجهول الوقت كالجهالة ، ولأنه لو قال متى أعطيتني ألفاً فانت طالق صح ، وزمنه مجهول أكثر من الجهالة وهنا فإن الجهالة هنا في شهر واحد ونهر في العمر كله ، وقول القاضي له مهر المثل مخالف لقياس

المذهب فإنه ذكر في المواضع التي يفسد فيها العوض أن له المسمى فكذلك يجب أن يكون ههنا إن حكمتا بفساده والله أعلم .

(فصل) إذا قال لها أنت طالق وعليك ألف وقعت طلاق رجعية ولا شيء عليها ، لأنه لم يجعل له العوض في مقابلتها ولا شرطا فيها وإنما عطف ذلك على طلاقها فاشبه ما لو قال أنت طالق وعليك الحج فإن أعطته المرأة عن ذلك عوضا لم يكن عوضا لأنه لم يقابل به شيء وكان ذلك هبة مبتدأة يعتبر فيه شرائط الهبة ، وإن قالت المرأة ضمنت لك ألفا لم يصح لأن الضمان إنما يكون عن غير العنان لحق واجب أو مآله إلى الوجوب وليس ههنا شيء من ذلك .

وذكر القاضى أنه يصح لأن ضمانه ما لم يجب يصح ، ولم أعرف لذلك وجها إلا أن يكون أراد أنها إذا قالت له قبل طلاقها ضمنت لك ألفا على أن تطلقني فقال أنت طالق وعليك ألف فإنه يستحق الألف . وكذلك إذا قالت طلقني طلاقه بألف فقال أنت طالق وعليك ألف وقع الطلاق وعليها ألف لأن قوله أنت طالق يكفي في صحة الخلع واستحقاق العوض وما وصل به تأكيد ، فإن اختلفا فقال أنت استدعيت منى الطلاق بالألف فأنكرته فالقول قولها لأن الأصل عدمه فإذا حلفت برئت من العوض وبانت لأن قوله مقبول في بينوتها لأنها حقه ، غير مقبول في العوض لأنه عليها ، وهذا مذهب الشافعى وأبي حنيفة ، وإن قال ما استدعيت منى الطلاق وإنما أنا ابتدأت فلي عليك الرجعة وادعت أن ذلك كان جوابا لاستدعائها فالقول قول الزوج لأن الأصل معه ولا يلزمها الألف لأنه لا يدعيه ، وإن قال أنت طالق على الألف فالمنصوص عن أحد أن الطلاق يقع رجعيا كقوله أنت طالق وعليك ألف فإنه قال في رواية مهنا في الرجل يقول لامرأته أنت طالق على ألف درهم فلم تقبل هي شيئا فهي طالق بملك الرجعة ثانيا ، وقال القاضى في المجرد ذلك للشرط تقديره أن ضمنت لى ألفا فانت طالق فإن ضمنت له ألفا وقع الطلاق بانئا واللام يقع ، وكذلك الحكم إذا قال أنت طالق على أن عليك فقياس قول أحد الطلاق يقع رجعيا ولا شيء له وعلى قول القاضى أن قبلت ذلك لزمها الألف وكان خالفا واللام يقع الطلاق وهو قول أبي حنيفة والشافعى وهو أيضا ظاهر كلام الحنفى ، لأنه استعمل (على) بمعنى الشرط

في مواضع من كتابه منها قوله (واذا أنكحها على أن لا يزوج عليها فلها مراهة
 أن تزوج عليها) وذلك أن على تستعمل بمعنى الشرط بدليل قول الله تعالى في قصة
 شعيب : (اني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تاجرني ثمانى حجج)
 وقال : (فهل نجعل لك خرجا على أن تجعل بيننا وبينهم سدا ؟) وقال موسى (هل
 أتبعك على أن تعلمني مما علمت رشدا ؟) ولو قال في النكاح زوجتك ابنتي
 على صداق كذا صح ، واذا أوقعه بعوض لم يقع بدونه وجرى مجرى قوله أنت
 طالق ان أعطيتني ألفا أو ضمنت لي ألفا ، ووجه الاول أنه أوقع الطلاق غير
 معلق بشرط وجعل عليها عوضا لم تبذله فوقع رجوعيا من غير عوض كما لو قال
 أنت طالق عليك ألف ، ولأن على ليست للشرط ولا للمعاوضة ولذلك لا يصح
 أن يقول : بعثك ثوب على دينار .

(فصل) واذا قال أنت طالق ثلاثا بألف فقالت قبلت واحدة منها بألف
 وقع الثلاث واستحق الألف لان إيقاع الطلاق اليه وإنما علمه بعوض يجرى مجرى
 الشرط من جهتها وقد وجد الشرط فيقع الطلاق ، وان قالت قبلت بألفين وقع
 وام يلزمها الألف الزائد لان القبول لما أوجبه دون ما لم يوجبه ، وان قالت قبلت
 بخمسمائة لم يقع لان الشرط لم يوجد : وان قالت قبلت واحدة من الثلاث بثلاث
 الألف لم يقع لانه لم يرض بانقطاع رجوعته عنها الا بألف : وان قال أنت طالق
 طلقين أحدهما بألف وقعت بها واحدة لأنها بنير عوض ووقعت الأخرى
 على قبولها لأنها بعوض .

مسألة ، قال (واذا خالته الأمة بغير إذن سيدها على شيء معلوم كان
 الخلع واقعا ويتبهما اذا عتقت بمثله ان كان له مثل والا فقيمته)

في هذه المسألة ثلاثة فصول :

أحدها : أن الخلع مع الأمة صحيح سواء كان بإذن سيدها أو بغير اذنه لان
 الخلع يصح مع الاجنبي فمع الزوجة أولى ويكون طلاقها على عوض بائنا والخلع
 معها كالخلع مع الحرة سواء .

الفصل الثاني : أن الخلع اذا كان بغير إذن سيدها على شيء في ذمتها فإنه

يتبعها إذا عتقت لأنه رضى بذمتها ولو كان على عين فالذي ذكر الحرقى أنه يثبت في ذمتها مثله أو قيمته إن لم يكن مثليا ، لأنها لا تملك العين وما في يدها من شيء فهو لسيدها فيلزمها بذله كما لو خالعهما على عبد فخرج حرا أو مستحقا ، وقياس المذهب أنه لا شيء له لأنه إذا خالعهما على عين وهو يعلم أنها أمة فقد علم أنها لا تملك العين فيكون راضيا بغير عوض فلا يكون له شيء كما لو قال خالعتك على هذا المصوب أو هذا الحر ، وكذلك ذكر القاضي في المجرد قال هو كالخلع على المصوب لأنها لا تملكها ، وهذا قول مالك ، وقال الشافعي يرجع عليها بمهر المثل كقوله في الخلع على الحر والمصوب ويمكن حمل كلام الحرقى على أنها ذكرت لزوجها أن سيدها أذن لها في هذا الخلع بهذه العين ولم تكن صادقة أو جهل أنها لا تملك العين ، أو يكون اختار مفعلا إذا خالعهما على مصوب أنه يرجع عليها بقيمته ويكون الرجوع عليها في حال عتقها لأنه الوقت الذي تملك فيه فهي كالمعسر يرجع عليه في حال يساره ويرجع بقيمته أو مثله لأنه مستحق تعذر تسليمه مع بقاء سبب الاستحقاق موجب الرجوع بمثله أو قيمته كالمصوب .

الفصل الثالث : إذا كان الخلع بإذن السيد تعلق العوض بذمته . هذا قياس المذهب كما لو أذن لعبده في الاستدانة ، ويحتمل أن يتعلق برقبة الأمة ، وإن خالعت على معين بإذن السيد فيه ملكه ، وإن أذن في قدر المال خالعت بأكثر منه فالزيادة في ذمتها ، وإن أطلق الإذن اقتضى الخلع بالمسمى لها فان خالعت به أو بما دونه لزم السيد ، وإن كان بأكثر منه تعلقت الزيادة بذمتها كما لو عين لها قدرا خالعت بأكثر منه ، وإن كانت مأذونا لها في التجارة سلمت العوض بما في يدها .

(نصل) والحكم في المسكينة كالحكم في الأمة القن سواء ، لأنها لا تملك التصرف فيما في يدها يتبرع وما لاحظ فيه وبذل المال في الخلع لا فائدة فيه من حيث تحصيل المال بل فيه ضرر بسقوط نفقتها وبعض مهرها إن كانت غير مدخول بها . وإذا كان الخلع بغير إذن السيد فالعوض في ذمتها يتبعها به بعد العتق ، وإن كان بإذن السيد سلمه بما في يدها ، وإن لم يكن في يدها شيء فهو على سيدها .

فصل

ويصح خلع المحجور عليها لفلس ، وبذلها للعوض صحيح : لان لها ذمة يصح تصرفها فيها ويرجع عليها بالعوض إذا أسرت وفك الحجر عنها ، وليس له مطالبتها في حال حجرها كما لو استدانته منه أو باعها شيئاً في ذمتها .

(فصل) فاما المحجور عليها لسفه أو سحر أو جنون فلا يصح بذل العوض منها في الخلع لانه تصرف في المال وليس هي من أهله وسواء أذن فيه الولي أو لم يأذن ، لانه ليس له الاذن في التبرعات وهذا كالتبرع ، وفارق الامة فانها أهل التصرف ولهذا تصح منها الهبة وغيرها من التصرفات باذنه ويفارق المفلسة لانها من أهل التصرف ، فان خالع المحجور عليها بلفظ يكون طلاقاً فهو طلاق رجعي ولا يستحق عوضاً : وان لم يكن اللفظ عما يقع به الطلاق كان كالخلع بخير عوض ويحتمل أن لا يقع الخلع ههنا لانه انما رضى به بعوض ولم يحصل له ولا أمكن الرجوع ببذله ، قال أصحابنا . وليس لولي هؤلاء الخالعة بشيء من مالهين ، لانه انما يملك التصرف بما لها فيه الحفظ ، وهذا لا حظ فيه بل فيه اسقاط نفقتها ومسكنها وبذل ماله ، ويحتمل أن يملك ذلك اذا رأى الحفظ فيه ويمكن أن يكون الحفظ لها فيه بتخليصها عن تلف ماله ونخاف منه على نفسها وعقلها ولذلك لم يعد بذل المال في الخلع تضييراً ولا سفاهاً فيجوز له بذل ماله لتحصيل حفظها وحفظ نفسها وماله كما يجوز بذله في مداواتها وفكها من الاسر ، وهذا مذهب مالك ، والاب وغيره من أوليائها في هذا سواء : وان خالعها بشيء من ماله جاز : لانه يجوز من الاجنبي فمن الولي أولى .

(فصل) اذا قال الاب طلق ابنتي وانت برىء من مسداقها مطلقاً وقع الطلاق رجعياً ولم يبرأ من شيء لم يرجع على الاب ولم يضمن له لانه أبرأ مما ليس له الإبراء منه فاشبه الاجنبي ، قال القاضي : وقد قال أحمد انه يرجع على الاب قال وهذا محمول على أن الزوج كان جاهلاً بأن إبراء الاب لا يصح فكان له الرجوع عليه لانه غره فرجع عليه كما لو غره فزوجه معيبة ، وإن علم أن إبراء الاب لا يصح لم يرجع بشيء ، ويقع الطلاق رجعياً ، لانه خلا عن العوض ، وفي الموضع الذي يرجع عليه يقع الطلاق بائناً لانه بعوض فان قال الزوج هي طالق ان

أبرأتني من صداقها فقال قد أبرأتك لم يقع الطلاق لأنه لا يبرأ ، وروى عن أحمد أن الطلاق واقع فيحتمل أنه أوقعه إذا قصد الزوج تعليق الطلاق على مجرد التلفظ بالبراء دون حقيقة البراءة ، وإن قال الزوج هي طالق إن برئت من صداقها لم يقع لأنه علقه على شرط ولم يوجد ، وإن قال الأب طلقها على ألف من مالها وعلى الدرك فطلقها طلق بائناً لأنه بموضع وهو ما لزم الأب من ضمان الدرك ولا يملك الألف لأنه ليس له بذلها .

فصل

وإن قال لا مرأتية أمتها طالقان بألف إن شئنا فقالنا قد شئنا وقع الطلاق بهما بائناً ولزمهما العوض بينهما على قدر مهرهما ، وإن شئت إحداهما دون الأخرى لم يطلق واحدة منهما لأنه جمل ما شئنا صفة في طلاق كل واحدة منهما وبخالف هذا ما لو قال أمتها طالقان بألف فقبلت إحداهما دون الأخرى لزمه الطلاق بموضه لأنه لم يحمل في طلاقها شرطاً وهما علق طلاق كل واحدة منهما بمشيتها جميعاً فيتعلق الحكم بقولها قد شئنا لفظاً لأن ما في القلب لا سبيل إلى معرفته فلو قال الزوج ما شئنا وإنما قلنا ذلك بالسنتكما أو قالنا ما شئنا بقلوبنا لم يقبل .

فإذا ثبت هذا : فإن العوض يتقسط عليهما على قدر مهر كل واحدة منهما في الصحيح من المذهب ، وهو قول ابن حامد ومذهب أهل الرأي وأحد قول الشافعي وقال في الآخر : يلزم كل واحدة منهما مهر مثلها ، وعلى قول أبي بكر من أصحابنا يكون ذلك عليهما نصفين وأصل هذا في النكاح إذا تزوج اثنتين بصداق واحد ، وقد ذكرناه في موضعه فإن كانت إحداهما رشيدة والأخرى محجوراً عليها أسفه فقالنا قد شئنا وقع الطلاق عليهما ووجب على الرشيدة قسطها من العوض ووقع طلاقها بائناً ولا شيء على المحجور عليها ويكون طلاقها رجماً لأن لها مشيئة ولكن المحجور مع صحة تصرفها ونفوذه ولهذا يرجع إلى مشيئة المحجور عليه في النكاح وفيما تأكله وكذلك إن كانت غير بالغة إلا أنها مميزة فإن لها مشيئة صحيحة ولهذا يخير الغلام بين أبيه إذا بلغ سبعاً وإن كانت إحداهما مجنونة أو صغيرة مميزة لم تصح المشيئة منهما ولم يقع الطلاق

وفي كل موضع حكمنا بوقوع الطلاق فان الرشيدة يلزمها قسطها من العوض وهو قسط مهرها من العوض في أحد الوجهين وفي الآخر نصفه ، وان قالت له امرأتاه طلقنا بألف بيننا نصفين فطلقهما فعلى كل واحدة منهما نصفه وجهاً واحداً وان طلق احدهما وحدها فعليها نصف الألف ، وان قالتا طلقنا بألف فطلقهما فالألف — عليهما على قدر صداقتهما في أصح الوجهين ، وان طلق احدهما فعليها حصتها منه ، وان كانت احدهما غير رشيدة فطلقهما ، فعلى الرشيدة حصتها من الألف ويقع طلاقها بائناً وتطلق الاخرى طلاقاً رجعيًا ولا شيء عليها .

(فصل)

ويصح الخلع مع الاجنبي بغير اذن المرأة مثل أن يقول الاجنبي : للزوج طلق امرأتك بألف على : وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال أبو ثور : لا يصح لآلته سفه فانه يبذل عوضاً في مقابلة مالا منفعه له فيه فان الملك لا يحصل له فاشبه ماله قال بع عبدك لزيد بألف على .

ولنا أنه يبذل مال في مقابلة إسقاط حق عن غيره فصح كما لو قال أعتق عبدك وعلى ثمنه ، ولآلته لو قال ألق متاعك في البحر وعلى ثمنه صح ولزمه ذلك مع أنه لا يسقط حقاً عن أحد ، فهنا أولى ، ولآلته حق على المرأة يجوز أن يسقط عنها بمعرض لغيرها كالدين وفارق البيع فانه تمليك فلا يجوز بغير رضا من يثبت له الملك وان قال طلق امرأتك بمهرها وأنا ضامن له صح ويرجع عليه بمهرها .

(فصل) وان قالت له امرأته طلقني وخرقي بألف فطلقهما وقع الطلاق بهما بائناً واستحق الألف على باذله ، لأن الخلع مع الاجنبي جائز ، وان طلق احدهما ، فقال القاضي تطلق طلاقاً بائناً ولزم الباذلة بحصتها من الألف ، وهذا مذهب الشافعي ، الا أن بعضهم قال : يلزمها مهر مثل المطلقة ، وقياس قول أصحابنا فيها اذا قالت طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة لم يلزمها شيء ووقعت بها التطليقة أن لا يلزم الباذلة مهرنا شيء لانه لم يجبها الى ما سألت فلم يجب عليها ما بذلت ولآلته قد يكون غرضها في بينوتها جميعاً منه فاذا طلق احدهما لم يحصل غرضها فلا يلزمها عوضها .

(فصل) وان قالت طلقني بألف على أن تطلق خرتي أو على أن لا تطلق

ضررتي فالخلع صحيح والشرط والبذل لازم ، وقال الشافعي : الشرط والعوض باطلان ويرجع إلى مهر المثل لأن الشرط سلفت في الطلاق والعوض بعضه في مقابلة الشرط الباطل فيكون الباقي مجعولا ، وقال أبو حنيفة : الشرط باطل والعوض صحيح لأن العقد يستقل بذلك العوض .

ولنا : أنها بذلت عوضا في طلاقها وطلاق ضررتها فصنع كما لو قالت طلعتي وضررتي بألف فإن لم يف لها بشرطها فعلاها الأقل من المسمى أو الألف الذي شرطته ، ويحتمل أن لا يستحق شيئا من العوض لأنها إنما بذلته بشرط لم يوجد فلا يستحقه كما لو طلقها بغير عوض .

مسألة ، قال (وما خالع العبد به زوجته من شيء جاز وهو لسيده)

وجملة ذلك : أن كل زوج صح طلاقه صح خلعه ، لأنه إذا ملك الطلاق وهو مجرد إسقاط من غير تحصيل شيء فلأن يملكه محصلا للعوض أولى والعبد يملك الطلاق فملك الخلع ، وكذلك المكاتب والسفيه ، وفي الصبي المميز وجهان بناء على صحة طلاقه ، ومن لا يصح طلاقه كالطفل والمجنون لا يصح خلعه ، لأنه ليس من أهل التصرف فلا حكم لكلامه ، ومتى خالع العبد كان العوض لسيده : لأنه من اكتسابه ، واكتسابه لسيده ، وسائر من ذكرنا العوض لهم ويجب تسليم العوض إلى سيد العبد وولي المحجور عليه لأن العوض في خلع العبد ملك لسيده فلم يجوز تسليمه إلى غيره إلا بإذنه ، وولي المحجور عليه هو الذي يقبض حقوقه وأمواله وهذا من حقوقه .

أما المكاتب فيدفع العوض إليه لأنه هو الذي يتصرف لنفسه ، وقال القاضي يصح قبض العبد والمحجور عليه للعوض : لأن من صح خلعه صح قبضه للعوض كالمحجور عليه لفلس . واحتج بقول أحمد ما ملكه العبد من خلع فهو لسيده ، وإن استملكه لم يرجع على الواهب والمختلعة بشيء ، والمحجور عليه في معنى العبد والأولى أن لا يجوز لأن العوض في الخلع لسيد العبد فلا يجوز دفعه إلى غير من هو له بغير إذن مالكه ، والعوض في خلع المحجور عليه ملك له إلا أنه لا يجوز تسليمه إليه ، لأن المحجور أقاد منعه من التصرف .

وكلام أحمد يحمل على ما إذا أتلفه العبد قبل تسليمه إليه ، وعلى أن عدم الرجوع عليها لا يلزم منه جواز الدفع إليه فإنه لو رجع عليها لرجعت على العبد وتعلق حقها برقبته وهي ملك للسيد فلا فائدة في الرجوع عليها بما يرجع به على ماله ، وإن أسدت الموضع إلى المحجور عليه لم تبرأ فإن أخذ الولي منه برئت ، وإن أتلفه أو تلف كان لولايه الرجوع عليها به .

(فصل) وقد توقف أحمد في طلاق الأب زوجة ابنه الصغير وخلعه إياها وسأله أبوالمصقر عن ذلك فقال : قد اختلف فيه وكأنه رآه ، قال أبو بكر : لم يبلغني في هذه المسألة إلا ما رواه أبوالمصقر فيخرج على قولين .

أحدهما : يملك ذلك ، وهو قول عطاء وقتادة ، لأن ابن عمر طلق على ابن له ممنوه ، رواه الإمام أحمد ، وعن عبد الله بن عمرو : أن المعتوه إذا عبث بأهله طلق عليه وليه ، قال عمرو بن شعيب : وجدنا ذلك في كتاب عبد الله بن عمرو . ولأنه يصح أن يزوجه فصح أن يطلق عليه إذا لم يكن متهما كالحاكم يفسخ للأعراس ويزوج الصغير .

والقول الآخر : لا يملك ذلك ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الطلاق لمن أخذ بالساق ، رواه ابن ماجه وعن عمر أنه قال : إنما الطلاق بيد الذي يحمل له الفرج ، ولأنه إسقاط لحقه فلم يملكه كالإبراء من الدين وإسقاط القصاص ، ولأن طريقه الشهوة فلم يدخل في الولاية ، والقول في زوجة عبده الصغير كالقول في زوجة ابنه الصغير ، لأنه في معنى .

مسألة ، قال (وإذا خالعت المرأة في مرض موئها بأكثر من ميراثه منها فخلعت واقع وللورثة أن يرجعوا عليه بالزيادة)

وجملة الأمر : أن المخالعة في المرض صحيحة سواء كان المريض الزوج أو الزوجة أوهما جميعاً ، لأنه معاوضة فصح في المرض كالبيع ولا تعلم في هذا خلافاً ، ثم إذا خالعت المريضة بميراثه منها فما دونه صح ولا رجوع ، وإن خالعت بزيادة بطلت الزيادة ، وهذا قول الثوري وإسحاق ، وقال أبو حنيفة : له الموضع كله ، فإن حابته فمن الثلث ، لأنه ليس يرارث لها فصحت محاباتها له من الثلث

كالأجنبي ، وعن مالك كالمذهبيين ، وعنه يعتبر بخلع مثلها ، وقال الشافعي . إن خالعت بمهر مثلها جاز ، وإن زاد فالزيادة من الثلث .

ولنا على أنه لا يعتبر مهر المثل أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بما قدمنا ، واعتبار مهر المثل تقويم له وعلى إبطال الزيادة أنها متهمة في أنها قصدت الخلع لتوصل إليه شيئاً من مالها بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه وهو وارث لها فبطل كما لو أوصت له أو أقرت له ، وأما قدر الميراث فلا تهمة فيه فإنها لو لم تخالعه لورث ميراثه ، وإن صححت من مرضها ذلك صح الخلع وله جميع ما خالعه به لأننا تبيننا أنه ليس بمرض الموت ، والخلع في غير مرض الموت كالخلع في الصحة .

مسألة ، قال (م) ولو خالعه في مرض مرتة وأوصى لها ما أكثر عما كانت ترث فللورثة أن لا يعطوها أكثر من ميراثها (م)

أما خلعها لزوجته فلا إشكال في صحته سواء كان بمهر مثلها أو أكثر أو أقل ولا يعتبر من الثلث ، لأنه لو طلق بغير عوض أصبح ، فلأن يصح بعوض أولى ولأن الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء ، فإنه لو مات وله امرأة لبانت بموته ولم تنتقل إلى ورثته ، فأما إن أوصى لها بمثل ميراثها أو أقل صح ، لأنه لا تهمة في أنه أباها ليعطيها ذلك . فإنه لو لم يبينها لأخذته بميراثها . وإن أوصى لها بزيادة عليه فللورثة منعها ذلك : لأنه اتهم في أنه قصد إيصال ذلك إليها . لأنه لم يكن له سبيل إلى إيصاله إليها وهي في حباله فطلقها ليوصل ذلك إليها فمنع منه كما لو أوصى لوارث . (فصل) وإذا خالعه امرأته على نفقة عدتها لحكى عن أحمد وأبي حنيفة : أنه يجوز ذلك . وهذا إنما يخرج على أصل أحمد إذا كانت حاملاً ، أما غير الحامل فلا نفقة لها عليه فلا تصح عوضاً ، وقال الشافعي : لا تصح النفقة عوضاً ، فإن خالعه به وجب مهر المثل . لأن النفقة لم تجب فلا يصح الخلع كما لو خالعه على عوض ما يتلفه عليها .

ولنا : أنها إحدى النفقتين فصحت المخالعة عليها كنفقة الصبي فيما إذا خالعه

على كفالة ولده وقتا معلوما ، وقولهم انها لم تجب ، ممنوع فإنه قد قيل ان النفقة تجب بالعقد ثم انها ان لم تجب فقد وجد سبب وجوبها كنفقة الصبي بخلاف عوض ما يتلفه

« مسألة ، قال (ولو خالعتة بمحرم وهما كافران فقبضه ثم أسلما أو أحدهما لا يرجع عليها بشيء)

وجملة ذلك أن الخلع من الكفار جائز سواء كانوا أهل الذمة أو أهل حرب لأن كل من ملك الطلاق ملك المعاوضة عليه كالمسلم فإن خالعتها بعوض صحيح ثم أسلما وترافعا إلى الحاكم أمضى ذلك عليهما كالمسلمين ، وإن كان بمحرم كنخمر وتخزير فقبضه ثم أسلما وترافعا إلينا أو أسلم أحدهما أمضى ذلك عليهما ولم يعرض له ولم يزده ولا يبقى له عليها شيء كالأموال خمر أو قبايعا خمر أو تقايضا ثم أسلما ، وإن كان أسلامهما أو ترافعهما قبل القبض لم يمضه الحاكم ولم يأمر بإقباضه لأن الخمر والتخزير لا يجوز أن يكون عوضا لمسلم أو من مسلم فلا يأمر الحاكم بإقباضه .

قال القاضي في الجامع : ولا شيء له لأنه رضى منها بما ليس بمال كالمسلمين إذا تخالعا بنخمر ، وقال في المجرد : يجب مهر المثل ، وهو مذهب الشافعي ، لأن العوض فاسد فيرجع إلى قيمة المتلف وهو مهر المثل وكلام الخرق يدل بمفهومه على أنه يجب له شيء لأن تخصيصه حالة القبض بنفي الرجوع يدل على الرجوع مع عدم القبض ، والفرق بينه وبين المسلم أن المسلم لا يعتقد الخمر والتخزير مالا فإذا رضى به عوضا فقد رضى بالخلع بغير مال فلم يكن له شيء والمشارك يعتقد مالا فلم يرض بالخلع بغير عوض فيكون العوض واجبا كما لو خالعا على حر يظنه عبداً أو خمر يظنه خلا .

إذا ثبت أنه يجب له العوض فذكر القاضي أنه مهر المثل كما لو تزوجها على خمر ثم أسلما ، وعلى ما علمنا به يقتضي وجوب قيمة ماسمي لها على تقدير كونه مالا فإنه رضى بمال ذلك فيكون له قدره من المال كما لو خالعا على خمر يظنه خلا ، وإن حصل القبض في بعضه دون بعض سقط ما قبض وفيما لم يقبض الوجوه الثلاثة والأصل فيه قول الله تعالى (وذرُوا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين) .

فصل

ويصح التوكيل في الخلع من كل واحد من الزوجين ومن أحدهما منفرداً وكل من صح أن يتصرف بالخلع لنفسه جاز توكيله ووكالته حراً أو عبداً ، ذكراً أو أنثى ، مسلماً أو كافراً ، محجوراً عليه أو رشيداً ، لأن كل واحد منهم يجوز أن يوجب الخلع فصيح أن يكون وكيلاً وموكلاً فيه كالحر الرشيد ، وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا أعلم فيه خلافاً ، ويكون توكيل المرأة في ثلاثة أشياء : استدعاء الخلع أو الطلاق وتقدير العوض وتسليمه ، وتوكيل الرجل في ثلاثة أشياء : شرط العوض وقبضه ، وإيقاع الطلاق أو الخلع ، ويجوز التوكيل مع تقدير العوض ومن غير تقدير لأنه عقد معاوضة فصيح كذلك كالبيع واليكاح ، والمستحب التقدير لأنه أسلم من الغرر وأسهل على الوكيل لاستغنائه عن الاجتهاد ، فإن وكل الزوج لم يخل من حالين .

أحدهما : أن يقدر له العوض فخلع به أو بما زاد صح ويلزم المسمى ، لأنه فعل ما أمر به ، وإن خالع بأقل منه فقبه وجهان .

أحدهما : لا يصح الخلع ، وهذا اختيار ابن حامد ومذهب الشافعي ، لأنه خالف موكله فلم يصح تصرفه كما لو وكله في خلع امرأة فخلع أخرى ، ولأنه لم يأذن له في الخلع بهذا العوض فلم يصح منه كالأجنبي .

والثاني : يصح ويرجع على الوكيل بالنقص ، وهذا قول أبي بكر لأن المخالفة في قدر العوض لا تبطل الخلع كحالة الاطلاق والاول أولى ، وأما أن خالف في الجنس مثل أن يأمره بالخلع على دراهم فخلع على عبد أو بالعكس أو يأمره بالخلع حالا فخلع بعرض نسبية فالقياس أنه لا يصح لأنه مخالف لموكله في جنس العوض فلم يصح تصرفه كالوكيل في البيع ، ولأن ما خالع به لا يملكه الموكل لكونه لم يأذن فيه ولا الوكيل لأنه لم يوجد السبب بالنسبة إليه ، وفارق المخالفة في القدر لأنه أمكن جبره بالرجوع بالنقص على الوكيل .

وقال القاضي : القياس أن يلزم الوكيل القدر الذي أذن فيه ، ويكون له بما خالع قياساً على المخالفة في القدر وهذا يبطل بالوكيل في البيع ؛ ولأن هذا خلع لم يأذن فيه الزوج فلم يصح كما لو لم يوكله في شيء ، ولأنه يفضي إلى أن يملك عوضاً

ما ملكته إياه المرأة . ولا قصد هو تملكه وتنخلع المرأة من زوجها بغير عوض
لزمها له بغير إذنه ، وأما المخالعة في القدر فلا يلزم فيها ذلك مع أن الصحيح أنه
لا يصح الخلع فيها أيضا لما قدمناه .

الحال الثاني : إذا أطلق الوكالة فإنه يقتضى الخلع بمهرها المسمى حالا من
جنس نقد البلد فإن خالع بذلك فما زاد صح لأنه زاده خيراً ، وإن خالع بدونه
ففيه الوجهان المذكوران فيما إذا قدر له الموضع فخالع بدونه ، وذكر القاضى احتمالين
آخرين . أحدهما : أن يسقط المسمى ويجب مهر المثل : لأنه خالع بما لم يؤذن له فيه
والثاني : أن يتخير الزوج بين قبول الموضع ناقصا ولا رجعة له وبين رده وله
الرجعة ، وإن خالع بغير نقد البلد فخكه حكم ماله عين له عوضا فخالع بغير جنسه
وإن خالع الوكيل بما ليس بمال كالحجر والخنزير لم يصح الخلع ولم يقع الطلاق
لأنه غير مأذون له فيه إنما أذن له في الخلع وهو إبانة المرأة بموضع وما أتى به
وإنما أتى بطلاق غير مأذون له فيه ، ذكره القاضى في المجرد وهو مذهب الشافعى
وسواء عين له الموضع أو أطلق : وذكر في الجامع أن الخلع يصح ويرجع على
الوكيل بالمسمى ولا شيء على المرأة . هذا إذا قلنا الخلع بلا عوض يصح .

وإن قلنا : لا يصح لم يصح إلا أن يكون بلفظ الطلاق فيقع طلاق رجعية ،
واحتمج بأن وكيل الزوجة لو خالع بذلك صح فكذلك وكيل الزوج ، وهذا
القياس غير صحيح فإن وكيل الزوج يوقع الطلاق فلا يصح أن يوقعه على غير
مأذن له فيه ، ووكيل الزوجة لا يوقع وإنما يقبل ، ولأن وكيل الزوج إذا خالع
على محرم فوت على موكله الموضع ووكيل الزوجة يخلصها منه فلا يلزم من الصحة
في موضع يخلص موكله من وجوب الموضع عليه الصحة في موضع يفوته عليه
الأتري أن وكيل الزوجة لو صالح بدون الموضع الذى قدرته له صح ولزمها ،
ولو خالع وكيل الزوج بدون الموضع الذى قدره له لم يلزمه .

وأما وكيل الزوجة فله حالان . أحدهما أن تقدر له الموضع فتى خالع به فادون
صح ولزمها ذلك لأنه زادها خيراً . وإن خالع بأكثر منه صح ولم تلزمها الزيادة
لأنها لم تأذن فيها ولزم الوكيل لأنه التزمه للزوج فله الضمان كما مضى إذا
اشترى من يمتق على رب المال .

وقال القاضي في المجرى : عليها مهر مثلها ولا شيء على وكيلها ، لأنه لا يقبل العقد لنفسه إنما يقبله لغيره ، وأمل هذا مقصد الشافعي ، والأولى أنه لا يلزمها أكثر مما بذله لأنها ما التزمت أكثر منه ولا وجد منها تقرير للزوج ولا ينبغي أن يجب للزوج أيضا أكثر مما بذل له الوكيل لأنه رضى بذلك عوضا وهو عوض صحيح معلوم فلم يكن له أكثر منه كالأولى بذله المرأة ، الثاني : أن يطلق الوكالة فيقتضى خلعها بمهرها من جنس نقد البلد فإن خالعها بذلك فما دون صح ولزمها ، وإن خالعها بأكثر منه فهو كالأولى خالعها بأكثر مما قدرت له على ما مضى من القول فيه .

(فصل)

إذا اختلفا في الخلع فادعاء الزوج وأنكرته المرأة بانت بإقراره ولم يستحق عليها عوضا لأنها منكرة وعليها اليمين وإن ادعته المرأة وأنكره الزوج فالقول قوله لذلك ولا يستحق عليها عوضا لأنه لا يدعيه ، فإن اتفقا على الخلع واختلفا في قدر العوض أو جنسه أو حلوله أو تأجيله أو صفته فالقول قول المرأة حكاه أبو بكر نصا عن أحمد ، وهو قول مالك وأبي حنيفة .

وذكر القاضي رواية أخرى عن أحمد أن القول قول الزوج لأن البضع يخرج من ملكه فكان القول قوله في عوضه كالسيد مع مكاتبته ، وقال الشافعي : يتحالمان لأنه اختلاف في عوض العقد فيتحالمان فيه كالمبايعين إذا اختلفا في الثمن ولنا أنه أحد نوعي الخلع فكان القول قول المرأة كالطلاق على مال إذا اختلفا في قدره ولأن المرأة منكرة للزيادة في القدر أو الصفة فكان القول قولها لقول النبي صلى الله عليه وسلم : اليمين على المدعى عليه .

وأما التحالف في البيع فيحتاج إليه لفسخ العقد والخلع في نفسه فسخ فلا يفسخ وإن قال خالعك بألف فقالت إنما خالعك غيري بألف في ذمته بانت : والقول قولها في نفي العوض عنها لأنها منكرة له ، وإن قالت نعم ولكن ضمنها لك أبي أو غيره لزمها الألف لا قرارها به والضمان لا يبرئ ذمتها ، وكذلك إن قالت خالعك على ألف يزنه لك أبي لأنها اعترفت بالألف وادعت على أبيها دعوى فقبل قولها على نفسها دون غيرها ، وإن قال سألتني طليقة بألف فقالت بل سألتك

ثلاثا بال ألف فطلقتني واحدة بآنت ياقراره والقول قولها في سقوط العوض وعند
أكثر الفقهاء يلزمها ثلاث الآلف بناء على أصلهم فيما إذا قالت طلقني ثلاثا بال ألف
فطلقها واحدة أنه يلزمها ثلاث الآلف ، وإن خالعهما على ألف فادعى أنها دفانير
وقالت بل هي دراهم فأتول قولها لما ذكرنا في أول الفصل ، ولو قال أحدهما
كانت دراهم قراضة ، وقال الآخر مطلقه فالقول قولها إلا على الرواية التي حكاهما
القاضي فإن القول قول الزوج في هاتين المسألتين ، وإن اتفقا على الإطلاق لزم
الآلف من غالب نقد البلد ، وإن اتفقا على أنها أرادا دراهم قراضة لزمها
ما اتفقت إرادتهما عليه ، وإن اختلفا في الإرادة كان حكمها حكم المطلقة يرجع
إلى غالب نقد البلد .

وقال القاضي : إذا اختلفا في الإرادة وجب المهر المسمى في العقد لأن اختلافهما
يجعل البديل مجهولا فيجب المسمى في النكاح ، والأول أصح لأنهما لو أطلقا أصبحت
التسمية ووجب الآلف من غالب نقد البلد ولم يكن إطلاقهما جهالة تمنع صحة العوض
فكذلك إذا اختلفا ولأنه يميز العوض المجهول إذا لم تكن جهالة تزيد على جهالة
مهر المثل كعبد مطلق وبعير وفرس والجهالة ههنا أقل فالصحة أولى .

فصل

إذا علق طلاق امرأته بصفة ثم أبانها بخلع أو طلاق ثم عاد فزوجهما ووجدت
الصفة طلقت ، ومثاله إذا قال ان كنت أباك فانت طالق ثم أبانها بخلع ثم تزوجهما
فكلمت أباها فإنها تطلق . نص عليه أحمد .

فأما ان وجدت الصفة في حال البينونة ثم تزوجهما ثم وجدت مرة أخرى
فظاهر المذهب أنها تطلق ، وعن أحمد ما يدل على أنها لا تطلق نص عليه في العتق
في رجل قال لعبدك أنت حر ان دخلت الدار فباعه ثم رجع يعني فاشتراه فإن رجع
وقد دخل الدار لم يعتق وإن لم يكن دخل فلا يدخل إذا رجع إليه فإن دخل عتق
فإذا نص في العتق على أن الصفة لا تعود وجب أن يكون في الطلاق مثله بل أولى
لأن العتق ينشوف الشرع إليه ولذلك قال الخرق وإذا قال إن تزوجت فلانة فهي
طالق لم تطلق إن تزوجهما ، ولو قال ان ملكك فلانا فهو حر فملكه صار حراً
وهذا اختيار أبي الحسن التميمي وأكثر أهل العلم يرون أن الصفة لا تعود إذا

أبائها بإطلاق ثلاث ، وإن لم توجد الصفة في حال البينونة ، هذا مذهب مالك وأبي حنيفة وأحد أقوال الشافعي ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثا إن دخلت الدار فطلقها ثلاثا ثم نكحت غيره ثم نكحها المحالف ثم دخلت الدار أنه لا يقع عليها الطلاق وهذا على مذهب مالك والشافعي وأصحاب الرأي لأن إطلاق الملك يقتضي ذلك فإن أبائها دون الثلاث فوجدت الصفة ثم تزوجها انحلت يمينه في قولهم ، وإن لم توجد الصفة في البينونة ثم نكحها لم تنحل في قول مالك وأصحاب الرأي وأحد أقوال الشافعي وله قول آخر لا تعود الصفة بحال وهو اختيار المزني وأبي إسحاق لأن الإيقاع وجد قبل النكاح فلم يقع كما لو علقه بالصفة قبل أن يتزوج بها فإنه لا خلاف في أنه لو قال لأجنبية أنت طالق إذا دخلت الدار ثم تزوجها ودخلت الدار لم تطلق وهذا في معناه ، فأما إذا وجدت الصفة في حال البينونة انحلت اليمين لأن الشرط وجد في وقت لا يمكن وقوع الطلاق فيه فسقطت اليمين وإذا انحلت مرة لم يمكن عودها إلا بعقد جديد .

وأما : أن عقد الصفة ووقوعها وجدا في النكاح فيقع كما لو لم يتخلله بينونة أو كما لو بانث بما دون الثلاث عند مالك وأبي حنيفة ولم تفعل الصفة ، وقولهم أن هذا طلاق قبل نكاح قلنا يبطل بما إذا لم يكمل الثلاث ، وقولهم تنحل الصفة بفعلها قلنا إنما تنحل بفعلها على وجه يحث به وذلك لأن اليمين حل وعقد ثم ثبت أن عقدها يقتقر إلى الملك فكذلك حلمها والحث لا يحصل بفعل الصفة حال بينونتها فلا تنحل اليمين وأما العتق ففيه روايتان .

إحداهما : أن العتق كالنكاح في أن الصفة لا تنحل بوجودها بعد بيعه فيكون كسألتها ، والثانية : تنحل لأن الملك الثاني لا يبنى على الأول في شيء من أحكامه وفارق النكاح فإنه يبنى على الأول في بعض أحكامه وهو عدد الطلاق فجاز أن يبنى عليه في عود الصفة ، ولأن هذا يفعل حيلة على إبطال الطلاق المعلق والحيل خداع لا تنحل ما حرم الله فإن ابن ماجه وابن بطه روي بإسنادهما عن أبي موسى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما بال أقوام يلعبون بحُدود الله ويستهزئون بآياته قد طلقتك قد راجعتك قد طلقتك ،

وفي لفظ رواه ابن بطه ، خلعتك وراجعتك طلقك راجعتك ، وروى بإسناده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تركبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل .

(فصل) فإن كانت الصفة لا تعود بعد النكاح الثاني مثل أن قال إن أكلت هذا الرغيف فأنت طالق ثلاثاً ثم أبانها فأكلته ثم نكحها لم يحث لأن حثه بوجود الصفة في النكاح الثاني وما وجدت ولا يمكن إيقاع الطلاق بأكلها له حال اليقونة لأن الطلاق لا يلحق البائن والله أعلم .

كتاب الطلاق

الطلاق حل قبل النكاح وهو مشروع ، والأصل في مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) وقال تعالى : يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن أعتدن وأما السنة فما روى ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض ، فسأل عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : مره وإيراجعها ثم ائذكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد ، وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء ، متفق عليه في آبي وأخبار سundry هذين كثير ، وأجمع الناس على جواز الطلاق ، العبرة بالله على حوازه فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة ، ضرر أكبر مما يلزم الزوج النفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة فاقضى ذلك شرعاً ما يزيل النكاح لنزول المفسدة الحاصلة منه .

(فصل) والطلاق على خمسة أضرب (واجب) وهو طلاق المولى بعد التبرص إذا أبي القبلة (وطلاق) الحكيم في الشقاق إذا رأيا ذلك (ومكروه) وهو الطلاق من غير حاجة إليه ، وقال القاضي فيه روايتان .

أحدهما : أنه محرم لأنه ضرر بنفسه وزوجته وإعدام للصالحات الحاصلة لها من غير حاجة إليه فكان حراماً كإتلاف المال ، ولقول النبي صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار .

والثانية : أنه مباح لقول النبي صلى الله عليه وسلم ، أبغض الحلال إلى الله الطلاق ، وفي لفظ ، ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق ، رواه أبو داود وإنما يكون مبغوضاً من غير حاجة إليه وقد سماه النبي صلى الله عليه وسلم حلالاً ، ولأنه مزيل للنكاح المشتمل على المصالح المندوب إليها فيكون مكروهاً .
والثالث : مباح وهو عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها والتضرر بها من غير حصول الغرض بها .

والرابع : مندوب إليه وهو عند تفريط المرأة في حقوق الله الواجبة عليها مثل الصلاة ونحوها ولا يمكنه إجبارها عليها أو تكون له امرأة غير عفيفة ، قال أحمد : لا ينقض له أمساكها وذلك لأن فيه نقصاً لدينه ولا يأمّن أفسادها فإراشه والمحاق بها ولذا ليس هو منه . ولا بأس بعضلها في هذه الحال والتضييق عليها لتفتدي منه : قال الله تعالى (ولا تعضلوهن لتذهوا ببعض ما آتيتنهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) ويحتمل أن الطلاق في هذين الموضعين واجب ، ومن المندوب إليه الطلاق في حال الشقاق وفي الحال التي تخرج المرأة إلى الخالعة لتزيل عنها الضرر (وأما المحظور) فالطلاق في الحيض أو في طهر جامعها فيه أجمع العلماء في جميع الأمصار ، كل الأعصار على تحريمه ويسمى طلاق البدعة لأن المطلق خالف السنة وترك أمر الله تعالى ورسوله ، قال الله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) وقال النبي صلى الله عليه وسلم ، إن شاء طلق قبل أن يمسي فذلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء ، وفي لفظ رواه الدارقطني بإسناده عن ابن عمر أنه طلق امرأته تطليقة وهي حائض ثم أراد أن ينسجها بتطليقتين آخرتين عند القرآن فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا ابن عمر ما هكذا أمر الله أنك أخطأت السنة والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق الكاقرة ، ولأنه إذا طلق في الحيض طوّل العدة عليها فإن الحيضة التي طلق فيها لا تحسب من عدتها ولا الطهر الذي بعدها عند من يجعل الإقراء الحيض وإذا طلق في طهر أصابها فيه لم يأمّن أن تكون حاملاً فيندم وتكون مرتابة لا تدري اتعدت بالحمل أو الإقراء ؟

ومسألة ، قال (وطلاق السنة أن يطلقها طاهراً من غير جامع ، واحدة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها)

معنى طلاق السنة الطلاق الذي وافق أمر الله تعالى وأمر رسوله صلى الله عليه وسلم في الآية والخبرين المذكورين وهو الطلاق في طهر لم يصيبها فيه ثم يتركها حتى تنقضى عدتها ولا خلاف في أنه إذا طلقها في طهر لم يصيبها فيه ثم تركها حتى تنقضى عدتها أنه مصيب للسنة مطلق للعدة التي أمر الله بها ، قاله ابن عبد البر وابن المنذر .

وقال ابن مسعود : طلاق السنة أن يطلمها من غير جماع ، وقال في قوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) قال طامراً من غير جماع ونحوه عن ابن عباس وفي حديث ابن عمر الذي روينا به ليركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك ، وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء ، فأما قوله ثم يدعها حتى تنقضى عدتها فمعناه أنه لا يتبعها طلاقاً آخر قبل قضاء عدتها ولو طلقها ثلاثاً في ثلاثة أطهار كان حكم ذلك حكم جمع الثلاث في طهر واحد ، قال أحمد طلاق السنة واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض ، وكذلك قال مالك والأوزاعي والشافعي وأبو عبيد ، وقال أبو حنيفة والثوري : السنة أن يطلقها ثلاثاً في كل قرء طلقة وهو قول سائر الكوفيين واحتجوا بحديث ابن عمر حين قال له النبي صلى الله عليه وسلم : راجعها ثم أمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، قالوا وإنما أمره بإمسكها في هذا الطهر لأنه لم يفصل بينه وبين الطلاق طهر كامل فإذا مضى ومضت الحيضة التي بعده أمره بطلاقها ، وقوله في حديثه الآخر والسنة أن يستقبل الطهر فيطلق لكل قرء .

وروى النسائي بإسناده عن عبد الله قال : طلاق السنة أن يطلقها طليقة وهي طاهر في غير جماع فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ، فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ثم تعد بعد ذلك بحيضة .

ولنا ما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال : لا يطلق أحد للسنة فيندم ، رواه الأثرم وهذا إنما يحصل في حق من لم يطلق ثلاثاً ، وقال ابن سيرين إن علياً كرم الله وجهه قال : لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ما يتبع رجل نفسه امرأة أبداً يطلقها طليقة ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاثاً فتي شاء راجعها ، رواه النجاشي بإسناده .

وروى ابن عبد البر بإسناده عن ابن مسعود أنه قال : طلاق السنة أن يطلقها
 وهي طاهر ثم يدعها حتى تنقضي عدتها أو يراجعها إن شاء ، فأما حديث ابن عمر
 الأول فلا حجة لهم فيه لأنه ليس فيه جمع الثلاث ، وأما حديثه الآخر فيحتمل
 أن يكون ذلك بعد ارتجاعها ، ومتى ارتجع بعد الطلقة ثم طلقها كان للسنة على
 كل حال حتى قد قال أبو حنيفة لو أمسكها بيده لشهوة ثم والى بين الثلاث كان
 مصيبا للسنة لأنه يكون مرتجعا لها والمعنى فيه أنه إذا ارتجعها سقط حكم الطلقة
 الأولى فصارت كأنها لم توجد ولا غنى به عن الطلقة الأخرى إذا احتاج إلى فراق
 امرأته بخلاف ما إذا لم يرتجعها فإنه مستغن عنها لإفضائها إلى مقصوده من إباتها
 فافترقا ، ولأن ما ذكرناه ارداف طلاق من غير ارتجاع فلم يكن للسنة كجمع
 الثلاث في طهر واحد وتحريم المرأة لا يزول إلا بزواج واصابة من غير حاجة فلم
 يكن للسنة كجمع الثلاث .

(فصل) فإن طلق للبدعة وهو أن يطلقها حائضا أو في طهر أصابها فيه أثم
 ووقع طلاقه في قول عامة أهل العلم ، قال ابن المنذر وابن عبد البر لم يخالف في
 ذلك إلا أهل البدع والضلال وحكاه أبو نصر عن ابن عليه وهشام بن الحكم
 والشيعة قالوا لا يقع طلاقه لأن الله تعالى أمر به في قبل العدة فإذا طلق في غيره
 لم يقع كالوكيل إذا أوقعه في زمن أمره موكله بإيقاعه في غيره .

وأما حديث ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فأمره النبي صلى الله عليه
 وسلم أن يراجعها ؛ وفي رواية الدارقطني قال فقلت يا رسول الله أفرأيت لو أني
 طلقته ثلاثا أكان يحل لي أن أراجعها ؟ قال لا ، كانت تبين منك وتكون معصية ،
 وقال نافع وكان عبد الله طلقها تطليقة فحسبت من طلاقه وراجعها كما أمره
 رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن رواية يونس بن جبير عن ابن عمر قال قلت
 لابن عمر أفتد عليه أو تحتسب عليه ؟ قال نعم أرايت أن عجز واستحقوق ؟
 وكلاهما أحاديث صحاح ، ولأنه طلاق من مكلف في محل الطلاق فوقع كطلاق الحامل
 ولأنه ليس يقر به فيعتبر لوقوعه موافقة السنة بل هو إزالة عصمة وقطع ملك
 بإيقاعه في زمن البدعة أولى تغليظا عليه وعقوبة له ، أما غير الزوج فلا يملك
 الطلاق والزوج يملكه بملكه محله .

فصل

ويستحب أن يراجعها لأمر النبي صلى الله عليه وسلم بإرجعتها وأقل أحوال الأمر الاستحباب ، ولأنه بالرجعة يزيل المعنى الذي حرم الطلاق ولا يجب ذلك في ظاهر المذهب ، وهو قول الثوري والأوزاعي والشافعي وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي ، وحكى ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أن الرجعة تجب واختارها وهو قول مالك وداود لظاهر الأمر في الوجوب ، ولأن الرجعة تجري مجرى استبقاء النكاح واستبقاؤه وهنا واجب بدليل تحريم الطلاق ، ولأن الرجعة أمساك للزوجة بدليل قوله تعالى (فامسكوهن بمروءة فوجب ذلك كما مساكم قبل الطلاق ، وقال مالك وداود يجبر على رجعتها ، قال أصحاب مالك يجبر على رجعتها مادامت في العدة إلا أشهب قال ما لم تطهر ثم تحيض ثم تطهر لأنه لا يجب عليه أمساكها في تلك الحال فلا يجب عليه رجعتها فيه .

وأما أنه طلاق لا يرتفع بالرجعة فلم تجب عليه الرجعة فيه كالطلاق في طهر مسها فيه فانهم أجمعوا على أن الرجعة لا تجب ، حكاه ابن عبد البر عن جميع العلماء وما ذكروه من المعنى ينتقض بهذه الصورة ، وأما الأمر بالرجعة فمحمول على الاستحباب لما ذكرنا .

(فصل) فإن راجعها وجب أمساكها حتى تطهر واستحب أمساكها حتى تحيض حيضة أخرى ثم تطهر على ما أمر به النبي صلى الله عليه وسلم في حديث عمر الذي رواه ، قال ابن عبد البر ذلك من وجوه عند أهل العلم ، منها : أن الرجعة لا تكاد تعلم صححتها إلا بالوطء لأنه المبغى من النكاح ولا يحصل الوطء إلا في الطهر فإذا وطئها حرم طلاقها فيه حتى تحيض ثم تطهر واعتبر نامظة الوطء ومحلها لا حقيقته ، ومنها : أن الطلاق كره في الحيض لتطويل العدة فلو طلقها عقيب الرجعة من غير وطء كانت في معنى المطلقة قبل الدخول وكانت تبني على عدتها فأراد رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع حكم الطلاق بالوطء واعتبر الطهر الذي هو موضع الوطء فإذا وطئها حرم طلاقها حتى تحيض ثم تطهر ، وقد جاء في حديث عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : مره أن يراجعها فإذا طهرت مسها حتى إذا طهرت أخرى فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها ، رواه ابن عبد البر .

ومنها : أنه عوقب على إيقاعه في الوقت المحرم بمنعه منه في الوقت الذي يباح له وذكر غير هذا فإن طلقها في الطهر الذي يلي الحيضة قبل أن يمسها فهو طلاق سنة وقال أصحاب مالك : لا يطلقها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر على ما جاء في الحديث ولنا قوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) وهذا مطلق للعدة فيدخل في الأمر ، وقد روى يونس بن جبیر وسعيد بن جبیر وابن سيرين وزيد بن أسلم وأبو الزبير عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يراجعها حتى تطهر ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك ولم يذكرها تلك الزيادة ، وهو حديث صحيح متفق عليه ، ولأنه طهر لم يمسها فيه فأشبهه الثاني وحديثهم محمول على الاستحباب .

• مسأله ، قال (ولو طلقها ثلاثاً في طهر لم يصحها فيه كان أيضاً للسنة وكان تاركاً للاختيار)

اختلفت الرواية عن أحمد في جمع الثلاث فروى عنه أنه غير محرم اختاره الحنفى ، وهو مذهب الشافعى وأبى ثور وداود ، وروى ذلك عن الحسن بن على وعبد الرحمن بن عوف والشعبى لأن عويمر العجلاني لما لاعن امرأته قال كذبت عليها يا رسول الله أن أمسكتها فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله (ص) متفق عليه ولم ينقل انكار النبى (ص) .

وعن عائشة أن امرأة رفاعه جاءت إلى رسول الله (ص) فقالت يا رسول الله إن رفاعه طلقنى فبنت طلاقى ، متفق عليه .

وفى حديث قاطمة بنت قيس أن زوجها أرسل إليها بثلاث تطليقات ولأنه طلاق جاز تفريقه لحاز جمعه كطلاق النساء ، والرواية الثانية أن جمع الثلاث طلاق بدعة محرم اختارها أبو بكر وأبو حفص روى ذلك عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس وابن عمر ، وهو قول مالك وأبى حنيفة ، قال على رضى الله عنه ، لا يطلق أحد للسنة فيندم .

وفى رواية قال ، يطلقها واحدة ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاث حيض فى شاء راجعها ، وعن عمر رضى الله عنه أنه كان إذا أتى برجل طلق ثلاثاً أو جمعه ضرباً ، وعن مالك بن الحارث قال جاء رجل إلى ابن عباس فقال إن عمى طلق

إمرأته ثلاثا فقال ان عمك عصي الله وأطاع الشيطان فلم يجعل الله له مخرجا ،
ووجه ذلك قول الله تعالى (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن) إلى
قوله (لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا) ثم قال بعد ذلك (ومن يتق الله
يجعل له مخرجا . ومن يتق الله يجعل له من أمره يسرا) ومن جمع الثلاث لم يبق له
أمر يحدث ولا يجعل الله له مخرجا ولا من أمره يسرا .

وروى النسائي بإسناده عن محمود بن لبيد قال أخبر رسول الله (ص) عن رجل
طلق إمرأته ثلاث تطليقات جميعا فغضب ثم قال : أيلعب بكتاب الله عز وجل
وأنا بين أظهركم ؟ ، حتى قام رجل فقال يا رسول الله ألا أقتله .

وفي حديث ابن عمر قال : قلت يا رسول الله أرأيت لو طلقتم ثلاثا ؟ قال
: إذا عصبت ربك وبانت منك إمرأتك ، وروى الدارقطني بإسناده عن علي قال
سمع النبي صلى الله عليه وسلم رجلا طلق البتة فغضب وقال : تتخذون آيات الله
هزوا أو دين الله هزوا أو لعبا ؟ من طلق البتة الزمناه ثلاثا لا تحل له حتى تنكح
زوجا غيره ، ولأنه تجريم للبضع بقول الزوج من غير حاجة فحرم كالظهار بل هذا
أولى لأن الظهار يرتفع بتحريمه بالتكفير وهذا لا سبيل للزوج إلى رفعه بحال
ولأنه ضرر واضرار بنفسه وإيمرأته من غير حاجة فيدخل في عموم النهي وربما
كان وسيلة إلى عوده إليها حراما أو بحيلة لا تزيل التحريم ووقوع الندم وخسارة
الدنيا والآخرة فكان أولى بالتحريم من الطلاق في الحيض الذي ضرره بقاؤها
في العدة أياما يسيرة أو الطلاق في طهر مسما فيه الذي ضرره احتمال الندم بظهور
الحمل فإن ضرر جمع الثلاث يتضاعف على ذلك أضعافا كثيرة والتحريم ثم تنبيهه
على التحريم ههنا ولأنه قول من سمينا من الصحابة رواه الآثم وغيره ولم يصح
عندنا في عصرهم خلاف قولهم فيكون ذلك اجماعا .

وأما حديث المتلاعنين فغير لازم لأن الفرقة لم تقع بالطلاق فإنها وقعت
بجرد لمانهما وعند الشافعي بمجرد لمان الزوج فلا حجة فيه ثم إن اللعان يوجب
تحريما مؤبدا فالطلاق بعده كالطلاق بعد انفساخ النكاح بالرضاخ أو غيره ولأن
جمع الثلاث إنما حرم لما يعقبه من الندم ويحصل به من الضرر ويفوت عليه من
حل نكاحها ولا يحصل ذلك بالطلاق بعد اللعان لحصوله باللعان وسائر الأحاديث
لم يقع فيها جمع الثلاث ، بين يدي النبي (ص) فيكون مقرا عليه ولا حضر المطلق

عند النبي (ص) حين أخبر بذلك لينكر عليه ، على أن حديث فاطمة قد جاء فيه أنه أرسل إليها بتطليقة كانت بقيت لها من طلاقها وحديث امرأة رفاعه جاء فيه أنه طلقها آخر ثلاث تطليقات . متفق عليه فلم يكن ^(١) في شيء من ذلك جمع الثلاث ولا خلاف بين الجميع في أن الاختيار ، والأولى أن يطلق واحدة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها إلا ما حكينا من قول من قال أنه يطلقها في كل قرء طليقة ، والأول أولى فإن في ذلك أمثالا لأمر الله سبحانه وموافقة لقول السلف وأما من الندم ، فإنه متى قدم راجعها فإن فاته ذلك بانقضاء عدتها فله نكاحها .

قال محمد بن سيرين إن عليا كرم الله وجهه قال : لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ما يتبع رجل نفسه امرأة أبداً يطلقها تطليقة ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاثا فتى شاء راجعها ، رواه النجاد بإسناده ، وعن عبد الله قال : من أراد أن يطلق الطلاق الذي هو الطلاق فليمهل حتى إذا حاضت ثم طهرت يطلقها تطليقة في غير جماع ثم يدعها حتى تنقضي عدتها . لا يطلقها ثلاثا وهي حامل فيجمع الله عليه نكاحها وأجر رضاعها ويندمه الله فلا يستطيع اليها سبيلا .

فصل

وان طلق ثلاثا بكلمة واحدة وقع الثلاث وحرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره ولا فرق بين قبل الدخول وبعده روى ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر وعبد الله بن عمرو وابن مسعود وأنس ، وهو قول أكثر أهل العلم من الثامنين ، والآفة بعدهم ، وكان عطاء و طاوس وسعيد بن جبيرة وأبو الشعثاء وعمر و ابن دينار يقولون من طلق البكر ثلاثا فهي واحدة .

وروى طاوس عن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله (ص) وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة ، رواه أبو داود ، وروى سعيد بن جبيرة وعمر و ابن دينار ومجاهد ومالك بن الحارث عن ابن عباس خلاف رواية طاوس . أخرجه أيضا أبو داود وأفتى ابن عباس بخلاف ما رواه عنه طاوس وقد ذكرنا حديث ابن عمر أرايت لو طلقها ثلاثا . وروى الدارقطني بإسناده

عن عبادة بن الصامت قال : طلق بعض آبائي امرأته ألفا فانطلق بنوه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا يا رسول الله إن أبانا طلق أمنا ألفا فهل له مخرج ؟ فقال : إن أباكم لم يتق الله فيجعل له من أمره مخرجا بانته منه بثلاث على غير السنة وتسمائة وسبعة وتسعون اثم في عنقه ، ولأن النكاح ملك يصح إزالته متفرقا فصح مجتمعا كسائر الأملاك .

فأما حديث ابن عباس فقد صححت الرواية عنه بخلافه وأفتى أيضا بخلافه ، قال الأثرم سألت أبا عبد الله عن حديث ابن عباس بأي شيء تدفعه ؟ فقال أدفعه برواية الناس عن ابن عباس من وجوه خلافه ثم ذكر عن عدة عن ابن عباس من وجوه أنها ثلاث : وقيل معنى حديث ابن عباس أن الناس كانوا يطلقون واحدة على عهد رسول الله (ص) وأبي بكر وإلا فلا يجوز أن يخالف عمر ما كان في عهد رسول الله (ص) وأبي بكر ولا يسوع لأن عباس أن يروى هذا عن رسول الله (ص) ويفتى بخلافه .

(فصل) وان طلق اثنتين في طهر ثم تركها حتى انقضت عدتها فهو للسنة لأنه لم يحرمها على نفسه ولم يسد على نفسه المخرج من الندم واسكنه ترك الاختيار لأنه فوت على نفسه طلاقا جعلها الله له من غير فائدة تحصل بها ، فكان مكروها كتنزيع المال .

مسألة ، قال (وإذا قال لها أنت طالق للسنة وكانت حاملا أو طاهرا لم يجامعها فيه فقد وقع الطلاق : وان كانت حائضا لزومها الطلاق اذا طهرت وان كانت طاهرة مجامعة فيه فاذا طهرت من الحيضة المستقبلية لزومها الطلاق)

وجملة ذلك أنه اذا قال لامرأته أنت طالق للسنة فعنه في وقت السنة فان كانت طاهرا غير مجامعة فيه فهو وقت السنة على ما أسلفناه : وكذلك ان كانت حاملا ، قال ابن عبد البر لا خلاف بين العلماء أن الحامل طلاقها للسنة ، وقال أحمد اذهب الى حديث سالم عن أبيه ثم ليطلقها طاهرا أو حاملا وأخرجه مسلم وغيره فأمره بالطلاق في الطهر أو في الحمل ، فطلاق السنة ما وافق الأمر ولأن مطلق الحامل التي استبان حملها قد دخل على بصيرة فلا يخاف ظهور أمر يتجدد به الندم

ولست مرتابة لعدم اشتباه الأمر عليها ، فإذا قال لها أنت طالق للسنة في هاتين الحالتين طلقت لأنه وصف الطلقة بصفتها فوقعت في الحال ، وإن قال ذلك لحائض لم تقع في الحال لأن طلاقها بطلاق بدعة لكن إذا طهرت طلقت لأن الصفة وجدت حينئذ فصار كأنه قال أنت طالق في النهار فإن كانت في النهار طلقت وإن كانت في الليل طلقت إذا جاء النهار ، وإن كانت في طهر جامعها فيه لم يقع حتى تحيض ثم تطهر لأن الطهر الذي جامعها فيه والحيض بعده زمان بدعة فإذا طهرت من الحيضة المستقبلة طلقت حينئذ لأن الصفة وجدت ، وهذا كله مذهب الشافعي وأبي حنيفة ولا أعلم فيه مخالفاً ، فإن أوج في آخر الحيض واتصل بأول الطهر أو أوج مع أول الطهر لم يقع الطلاق في ذلك الطهر لكن متى جاء طهر لم يجمعها فيه طلقت في أوله وهذا كله مذهب مشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً .

(فصل) إذا انقطع الدم من الحيض فقد دخل زمان السنة ويقع عليها طلاق السنة وإن لم تغتسل كذلك قال أحمد وهو ظاهر كلام الخرقي وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة . إن طهرت لأكثر الحيض مثل ذلك وإن انقطع الدم لدون أكثره لم يقع حتى تغتسل أو تميم عند عدم الماء وتصل أو يخرج عنها وقت صلاة لأنه متى لم يوجد فما حكما بانقطاع حيضها .

ولنا : أنها طاهر فوقع نها طلاق السنة كالتى طهرت لأكثر الحيض ، والدليل على أنها طاهر أنها تؤمر بالغسل ويلزمها ذلك ويصح منها وتؤمر بالصلاة وتصح صلاتها ، ولأن في حديث ابن عمر فإذا طهرت طلقها إن شاء ، وما قاله غير صحيح فأننا لو لم نحكم بالطهر لما أمرناها بالغسل ولا صح منها .

« مسألة ، قال (ولو قال لها أنت طالق للبدعة وهي في طهر لم يصيبها فيه لم تطلق حتى يصيبها أو تحيض)

هذه المسألة عكس تلك فاه وصف الطلقة بأنها للبدعة فإن قال ذلك لحائض أو طاهر مجامعة فيه وقع الطلاق في الحال لأنه وصف الطلقة بصفتها وإن كانت في طهر لم يصيبها فيه لم يقع في الحال فإذا حاضت طلقت بأول جزء من الحيض وإن أصابها طلقت بالتقاء الختانين فإن نزع من غير توقف فلا شيء عليها ، وإن (م ٢٠ - ج ٧ المغني)

أولج بعد النزع فقد وطئ . مطلقته ويأتي بيان حكم ذلك ، وإن أصابها واستدام ذلك فسند كرها أيضاً إن شاء الله تعالى فيما بعد .

(فصل) فإن قال لطاهر أنت طالق للبدعة في الحال فقد قيل : إن الصفة تلغو ويقع الطلاق . لأنه وصفها بما لا تنصف به فلفت الصفة دون الطلاق ، ويحتمل أن تطاق في الحال ثلاثاً لأن ذلك طلاق بدعة فانصرف الوصف بالبدعة إليه لتعذر صفة البدعة من الجهة الأخرى ، وإن قال لحائض أنت طالق للسنة في الحال لفت الصفة ووقع الطلاق لأنه وصف الطالقة بما لا تنصف به وإن قال أنت طالق ثلاثاً للسنة وثلاثاً للبدعة طلقت ثلاثاً في الحال بناء على ما سند كره .

(فصل) وإن قال أنت طالق ثلاثاً للسنة فالمنصوص عن أحمد أنها تطاق ثلاثاً إن كانت طاهراً غير مجامعة فيه ، وإن كانت حائضاً طلقت ثلاثاً إذا طهرت وهذا مذهب الشافعي ، قال القاضي وأبو الخطاب : هذا على الرواية التي قال فيها إن جمع الثلاث يكون سنة فأما على الرواية الأخرى فإذا طهرت طلقت واحدة وتطلق الثانية والثالثة في نكاحين آخرين أو بعد رجعتين وقد أنكر أحمد هذا فقال في رواية منها إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً للسنة قد اختلفوا فيه فمنهم من يقول يقع عليها الساعة واحدة فلو راجعها تقع عليها تطليقة أخرى وتكون عنده على أخرى ، وما يعجبنى قولهم هذا فيحتمل أن أحمد أوقع الثلاث لأن ذلك عنده سنة ويحتمل أنه أوقعها لوصفه الثلاث بما لا تنصف به فالغى الصفة وأوقع الطلاق كما لو قال لحائض أنت طالق في الحال للسنة ، وقد قال في رواية أبي الحارث ما يدل على هذا قال يقع عليها الثلاث ولا معنى لقوله للسنة .

وقال أبو حنيفة يقع في كل قرء طلقة ، وإن كانت من ذوات الأشهر وقع في كل شهر طلقة وبناء على أصله في أن السنة تفريق الثلاث على الإطهار وقد بينا أن ذلك في حكم جمع الثلاث فإن قال أردت بقولي للسنة إيقاع واحدة في الحال واثنين في نكاحين آخرين قبل منه ، وإن قال : أردت أن يقع في كل قرء طلقة قبل أيضاً لأنه مذهب طائفة من أهل العلم وقد ورد به الأثر فلا يبعد أن يريد ، وقال أصحابنا يدين وهل يقبل في الحكم ؟ علي وجهين .

أحدهما : لا يقبل لأن ذلك ليس بسنة . والثاني : يقبل لما قدمنا ، فإن كانت في زمن البدعة فقال سبق لسانی إلى قول السنة ولم أرد ، وإنما أردت الإيقاع في الحال وقع في الحال لأنه مالك لإيقاعها فإذا اعترف بما يوقعها قبل منه .

(فصل) إذا قال أنت طالق ثلاثا بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة طلقت في الحال طلقتين وتأخرت الثالثة إلى الأخرى لأنه سوى بين الحالين فافتضى الظاهر أن يكونا سواء فيقع في الحال طلقة ونصف ثم يكمل النصف لكون الطلاق لا يتبعض فيقع طلقتان ويحتمل أن تقع طلقة وتأخر اثنتان إلى الحال الأخرى لأن البعض يقع على ما دون الكل ويتناول القليل من ذلك والكثير فيقع أقل ما يقع عليه الاسم لأنه اليقين وما زاد لا يقع بالشك فيتأخر إلى الحال الأخرى ، فإن قيل فلم لا يقع من كل طلقة بعضها ثم تكمل فيقع الثلاث ؟ قلنا متى أمكنت القسمة من غير تكسير وجب القسمة على الصحة ، وإن قال نصفهن للسنة ونصفهن للبدعة وقع في الحال طلقتان وتأخرت الثالثة ، وإن قال طلقتان للسنة وواحدة للبدعة أو طلقتان للبدعة وواحدة للسنة فهو على ما قال ، وإن أطلق ثم قال نويت ذلك فإن فسر نيته بما يوقع في الحال طلقتين قبل لأنه مقتضى الإطلاق ولأنه غير متهم فيه ، وإن فسرهما بما يقع طلقة واحدة ويؤخر اثنتين دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم ؛ فيه وجهان . أظهرهما : أنه يقبل لأن البعض حقيقته في القليل والكثير فما فسر كلامه به لا يخالف الحقيقة فيجب أن يقبل .

والثاني : لا يقبل لأنه فسر كلامه بأخف مما يلزمه حالة الإطلاق ، ومذهب الإجماع على نحو هذا فإن قال أنت طالق ثلاثا بعضها للسنة ولم يذكر شيئا آخر احتمل أن تكون كالتى قبلها لأنه يلزم من ذلك أن يكون بعضها للبدعة فأشبهه ما لو صرح به ويحتمل أنه لا يقع في الحال إلا واحدة لأنه لم يسو بين الحالين ، والبعض لا يقتضى النصف فتقع الواحدة لأنها اليقين والزائد لا يقع بالشك وكذلك لو قال بعضها للسنة وباقيها للبدعة أو سائرهما للبدعة .

(فصل) إذا قال أنت طالق إذا قدم زيد فقدم وهي حائض طلقت للبدعة ولم يأنم لأنه لم يقصده ، وإن قال أنت طالق إذا قدم زيد للسنة فقدم في زمان السنة طلقت وإن قدم في زمان البدعة لم يقع حتى إذا صارت إلى زمان السنة وقع ويصير كأنه

قال حين قدم زيد أنت طالق للسنة لأنه أوقع الطلاق بقدم زيد على صفة فلا يقع إلا عليها وإن قال لها أنت طالق للسنة إذا قدم زيد قبل أن يدخل بها طلقت عند قدمه حائضاً كانت أو طاهراً لأنها لا سنة لطلاقها ولا بدعة وإن قدم بعد دخوله بها وهي في طهر لم يصحها فيه طلقت وإن قدم في زمن البدعة لم تطلق حتى يجيء زمن السنة لأنها صارت من إطلاقها سنة وبدعة وإن قال لامراته أنت طالق إذا جاء رأس الشهر للسنة فكان رأس الشهر في زمان السنة وقع وإلا وقع إذا جاء زمان السنة.

مسألة ، قال (ولو قال لها وهي حائض ولم يدخل بها أنت طالق للسنة طلقت من وقتها ، لأنه لا سنة فيه ولا بدعة) .

قال ابن عبد البر أجمع العلماء أن طلاق السنة إنما هو للدخول بها ، أما غير المدخول بها فليس لإطلاقها سنة ولا بدعة إلا في عدد الطلاق على اختلاف بينهم فيه وذلك لأن الطلاق في حق المدخول بها إذا كانت من ذوات الإقراء إنما كان له سنة وبدعة لأن العدة تطول عليها بالطلاق في الحيض وترتاب بالطلاق في الطهر الذي جامعها فيه وينتفي عنها الأمران بالطلاق في الطهر الذي لم يجمعها فيه أما غير المدخول بها فلا عدة عليها تنفي تطويلها أو الارتباب فيها وكذلك ذوات الأشهر كالصغيرة التي لم تحض والآيسات من الحيض لا سنة لطلاقهن ولا بدعة لأن العدة لا تطول بطلاقها في حال ولا تحمل فترتاب وكذلك الحامل التي استبان حملها فهو لاء كلهن ليس لطلاقهن سنة ولا بدعة من جهة الوقت في قول أصحابنا وهو مذهب الشافعي وكثير من أهل العلم فإذا قال لإحدى هؤلاء أنت طالق للسنة أو للبدعة وقعت الطلقة في الحال ولغت الصفة . لأن طلاقها لا يتصف بذلك فصار كأنه قال : أنت طالق ولم يزد وكذلك إن قال : أنت طالق للسنة والبدعة أو قال : أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة طلقت في الحال . لأنه وصف الطلقة بصفتها ويحتمل كلام الخرقى أن يكون للحامل طلاق سنة لأنه طلاق أمر به بقوله عليه السلام « ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً ، وهو أيضاً ظاهر كلام أحمد فإنه قال اذهب إلى حديث سالم عن أبيه يعني هذا الحديث ، ولأنها في حال انتقلت إليها بعد زمن البدعة ويمكن أن تنتقل عنها إلى زمان البدعة ،

فكان طلاقها طلاق سنة كالطاهر من الحيض من غير مجامعة ، ويتفرع من هذا أنه لو قال لها : أنت طالق للبدعة لم تطاق الحال ، فإذا وضعت الحمل طلقت لأن النفاس زمان بدعة كالحيض .

(فصل) وإن قال لصغيرة أو غير مدخول بها : أنت طالق للبدعة ، ثم قال : أردت إذا حاضت الصغيرة أو أصيبت غير المدخول بها أو قال لها أنتما طالقتان للسنة . وقال : أردت طلاقهما في زمن يصير طلاقهما فيه للسنة دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم ؟ فيه وجهان ذكرهما القاضي . أحدهما : لا يقبل ، وهو مذهب الشافعي . لأنه خلاف الظاهر فأشبهه ما لو قال أنت طالق ثم قال : أردت إذا دخلت الدار . والثاني : يقبل وهو الأشبه بمذهب أحمد . لأنه فسر كلامه بما يحتمله فقبل كما لو قال أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثانية إيهامها .

(فصل) وإذا قال لها في طهر جامعها فيه : أنت طالق للسنة فيئت من الحيض لم تطلق . لأنه وصف طلاقها بأنه للسنة في زمن يصلح له فإذا صارت آيسة فليس لطلاقها سنة فلم توجد الصفة فلا يقع . وكذلك إن استبان حملها لم يقع أيضا إلا على قول من جعل طلاق الحامل طلاق سنة فإنه ينبغي أن يقع لوجود الصفة كما لو حاضت ثم طهرت .

(فصل) إذا قال أنت طالق في كل قرء طلقة وهي من ذوات القرء وقع في كل قرء طلقة ، فإن كانت في القرء وقعت بها واحدة في الحال ووقع بها طلقتان في قرأين آخرين في أولها سواء قلنا القرء الحيض أو الإطهار ، وسواء كانت مدخولا بها أو غير مدخول بها . إلا أن غير المدخول بها تبين بالطلقة الأولى ، فإن تزوجها وقع بها في القرء الثاني طلقة أخرى وكذلك الحكم في الثالثة ، وإن كانت صغيرة وقلنا القرء الحيض لم تطلق حتى تحيض فتطلق في كل حيضة طلقة وإن قلنا القرء الإطهار احتمل أن تطلق في الحال واحدة ثم لا تطلق حتى تحيض ثم تطهر فتطلق الثانية ثم الثالثة في الطهر الآخر ثم تطهر لأن الطهر قبل الحيض كله قرء واحد ، ويحتمل أن لا تطلق حتى تطهر بعد الحيض ، لأن القرء هو الطهر بين الحيضتين ، وكذلك لو حاضت الصغيرة في عدتها لم تحتسب بالطهر الذي قبل الحيض من عدتها في أحد الوجهين ، والحكم في الحامل كالحكم في الصغيرة ، لأن زمن الحمل كله قرء واحد في أحد الوجهين إذا قلنا الاقراء

الاطهار . والوجه الآخر : ليس بقرء على كل حال ، وإن كانت آيسة . فقال القاضى : تطلق واحدة على كل حال . لأنه علق طلاقها بصفة تستحيل فيها فلغت ووقع بها الطلاق كما لو قال لها : أنت طالق للبدعة ، وإذا طلقت الحامل فى حال حملها بانت بوضعه . لأن عدتها تنقضى به فلم يلحقها طلاق آخر فإن استأنف نكاحها أو راجعها قبل وضع حملها ثم طهرت من النفاس طلقت أخرى ثم إذا خاضت ثم طهرت وقعت الثالثة .

(فصل) فإن قال أنت طالق للسنة إن كان الطلاق يقع عليك للسنة وهى فى زمن السنة طلقت بوجود الصفة وإن لم تكن فى زمن السنة انحلت الصفة ولم يقع بحال لأن الشرط ما وجد . وكذلك إن قال : أنت طالق للبدعة إن كان الطلاق يقع عليك للبدعة ، إن كانت فى زمن البدعة وقع وإلا لم يقع بحال . فإن كانت من لاسنة لطلاقها ولا بدعة فذكر القاضى فيها احتمالين .

أحدهما : لا يقع فى المسألتين لأن الصفة ما وجدت فأشبه ما لو قال أنت طالق إن كنت هاشمية ، ولم تكن هاشمية .

والثانى : تطلق لأنه شرط لوقوع الطلقة شرطا مستحيلا فلقى ووقع الطلاق كما لو قال أنت طالق للسنة والأول أشبه وللشافعية وجهان كهذين .

(فصل) فإن قال أنت طالق أحسن الطلاق أو أجمله أو أعدله أو أكمله أو أنه أو أفضله أو قال طلقة حسنة أو جميلة أو عدلة أو سنية كان ذلك كله عبارة عن طلاق السنة وبه قال الشافعى ، وقال محمد بن الحسن إذا قال أعدل الطلاق أو أحسنه ونحوه كقولنا ، وإن قال طلقة سنية أو عدلة وقع الطلاق فى الحال لأن الطلاق لا يتصف بالوقت والسنة والبدعة وقت فإذا وصفها بما لا يتصف به سقطت الصفة كما لو قال لغير المدخول بها أنت طالق طاعة رجعية . أو قال لها أنت طالق للسنة أو للبدعة .

ولنا : أن ذلك عبارة عن طلاق السنة ويصح وصف الطلاق بالسنة والحسن لكونه فى ذلك الوقت موافقا للسنة مطابقا للشرع فهو كقوله أحسن الطلاق . وفارق قوله طلقة رجعية لأن الرجعة لا تكون إلا فى عدة ولا عدة لها فلا يحصل ذلك بقوله ، فإن قال نويت بقولى أعدل الطلاق وقوعه فى حال الحيض لأنه أشبه بأخلاقها القيحة ولم أرد الوقت وكانت فى الحيض وقع الطلاق لأنه لإقرار على نفسه

بما فيه تغليظ ، وإن كانت في حال السنة دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم ، على وجهين كما تقدم .

(فصل) فإن عكس فقال أنت طالق أقبح الطلاق وأسمجه أو أخشه أو أنتنه أو أردأه حمل على طلاق البدعة فإن كانت في وقت البدعة وإلا وقف على محم . زمان البدعة ، وحكى عن أبي بكر أنه يقع ثلاثا إن قلنا إن جمع الثلاث بدعة . ويفغى أن تقع الثلاث في وقت البدعة ليسكن جامعا لبدعت الطلاق فيكون أقبح الطلاق ، وإن نوى بذلك غير طلاق البدعة نحو أن يقول إنما أردت أن طلاقك أقبح الطلاق لأنك لا تستحقينه لحسن عشرتك وجميل طريقتك وقع في الحال ، وإن قال أردت بذلك طلاق السنة ليتأخر الطلاق عن نفسه إلى زمن السنة لم يقبل لأن لفظه لا يحتمله ، وإن قال أنت طالق طلقة حسنة قبيحة فاحشة جميلة تامة ناقصة وقع في الحال . لأنه وصفها بصفتين متضادتين فلغيا وبقي مجرد الطلاق . فإن قال أردت أنها حسنة لكونها في زمان السنة وقبيحة لإضرارها بك ، أو قال أردت أنها حسنة لتخليصي من شرك وسوء خلقك وقبيحة لكونها في زمان البدعة وكان ذلك يؤخر وقوع الطلاق عنه دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على وجهين .

(فصل) فإن قال أنت طالق الحرج فقال القاضي معناه طلاق البدعة . لأن الحرج الضيق والإثم فكانه قال طلاق الإثم وطلاق البدعة طلاق إثم ، وحكى ابن المنذر عن علي رضي الله عنه أنه يقع ثلاثا . لأن الحرج الضيق والذي يضيق عليه ويمنعه الرجوع إليها ويمنعها الرجوع إليه هو الثلاث . وهو مع ذلك طلاق بدعة وفيه إثم فيجتمع عليه الأمران الضيق والإثم ، وإن قال طلاق الحرج والسنة كان كقوله طلاق البدعة والسنة ،

« مسألة » قال (وطلاق الزائل العقل بلا سكر لا يقع)

أجمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سكر أو ما في معناه لا يقع طلاقه . كذلك قال عثمان وعلي وسعيد بن المسيب والحسن والنخعي والشعبي وأبو قلابة وقتادة والزهرى ويحيى الأنصارى ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي . وأجمعوا على أن الرجل إذا طلق في حال نومه لا طلاق له ، وقد ثبت أن النبي

صلى الله عليه وسلم قال : رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق . .

وروى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله ، رواه النجاد . وقال الترمذى لا نعرفه إلا من حديث عطاء بن عجلان وهو ذاهب الحديث ، وروى بإسناده عن علي مثل ذلك . ولأنه قول يزيل الملك فاعتبر له العقل كالبيع وسواء زال عقله لجنون أو إغماء أو نوم أو شرب دواء أو إكراه على شرب خمر أو شرب ما يزيل عقله شربه . ولا يعلم أنه مزيل للعقل فكل هذا يمنع وقوع الطلاق رواية واحدة ولا نعلم فيه خلافاً ، فأما إن شرب البنج ونحوه مما يزيل عقله عالماً به متلاعياً فحكمه حكم السكران في طلاقه . وبهذا قال أصحاب الشافعى . وقال أصحاب أبى حنيفة لا يقع طلاقه : لأنه لا يلتذ بشربها . ولنا : أنه زال عقله بمعضية فأشبه السكران .

(فصل) قال أحمد في المغنى عليه إذا طلق فلما أفاق علم أنه كان مغمى عليه . وهو ذا كر لذلك . فقال : إذا كان ذا كرأ لذلك فليس هو مغمى عليه يجوز طلاقه ، وقال في رواية أبى طالب فى المجنون يطلق فقيل له بعد ما أفاق : أنك طلقت امرأتك فقال : أنا أذكر أنى طلقت ولم يكن عقلى معى . فقال إذا كان يذكر أنه طلق فقد طلقت ، فلم يجعله مجنوناً إذا كان يذكر الطلاق ويعلم به . وهذا والله أعلم فيمن جنونه بذهاب معرفته بالسكوية وبطلان حواسه ، فأما من كان جنونه لذهاب أو كان مبرسماً فإنه يسقط حكم تصرفه . مع أن معرفته غير ذاهبة بالسكوية فلا يضره ذكره للطلاق إن شاء الله تعالى .

مسألة ، قال (وعن أبى عبد الله رحمه الله فى السكران روايات : رواية يقع الطلاق ورواية لا يقع ، ورواية يتوقف عن الجواب ويقول قد اختلف فيه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم) .

أما التوقف عن الجواب فليس بقول فى المسألة إنما هو ترك للقول فيها وتوقف عنها لتعارض الأدلة فيها وإشكال دليها ويبقى فى المسألة روايتان .

إحداهما : يقع طلاقه اختارها أبو بكر الخلال والقاضى : وهو مذهب سعيد

ابن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وميمون بن مهران والحكم ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي في أحد قوليهِ وابن شبرمه وأبي حنيفة وصاحبيه وسليمان بن حرب لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه ، ومثل هذا عن علي ومعاوية وابن عباس (١) قال ابن عباس طلاق السكران جائز إن ركب معصية من معاصي الله نفعه ذلك . ولأن الصحابة جعلوه كالصاحي في الحد بالقذف بدليل ما روى أبو وبرة السكبي . قال أرسلني خالد إلى عمر فأتيته في المسجد ومعه عثمان وعلي وعبد الرحمن وطاحنة والزيير فقلت : إن خالدا يقول إن الناس انهمكوا في الخمر وتحافروا العقوبة ، فقال عمر هؤلاء عندك فسلهم فقال علي نراه إذا سكر هذى وإذا هذى أفرى ، وعلى المصترى ثمانون ، فقال عمر أبلغ صاحبك ما قال فجعلوه كالصاحي ولأنه إيقاع للطلاق من مكلف غير مكره صاف ملكه فوجب أن يقع كطلاق الصاحي ويدل على تكليفه أنه يقتل بالقتل ويقطع بالسرقة وبهذا فارق المجنون .

والرواية الثانية : لا يقع طلاقه اختارها أبو بكر عبد العزيز : وهو قول عثمان رضي الله عنه ومذهب عمر بن عبد العزيز والقاسم وطاوس وربيعه ويحيى الأنصاري والليث والغنبري وإسحاق وأبي ثور والمزني . قال ابن المنذر : هذا ثابت عن عثمان ولا نعلم أحداً من الصحابة خالفه ، وقال أحمد حديث عثمان أرفع شيء فيه وهو أصح يعني من حديث علي وحديث الأعمش منصور لا يرفعه إلى علي ولأنه زائل العقل أشبه المجنون ، والنائم ولأنه مفقود الإرادة أشبه المكره ولأن العقل شرط للتكليف إذ هو عبارة عن الخطاب بأمر أو نهى ولا يتوجه ذلك إلى من لا يفهمه ، ولا فرق بين زوال الشرط بمعصية أو غيرها بدليل أن من كسر ساقه جاز له أن يصلي قاعداً ، ولو ضربت المرأة بطنها فنفس سقطت عنها الصلاة ، ولو ضرب رأسه فجن سقط التكليف . وحديث أبي هريرة لا يثبت . وأما قتله وسرقته فهو كسألتنا .

(فصل) والحكم في عتقه ونذره وييمه وشرائه وردته وإقراره وقتله وقذفه

(١) بل ذكر البخاري في صحيحه قال ابن عباس طلاق السكران والمستكره ليس بجائز هكذا بصيغة الجزم وما كان فيه بصيغة الجزم حكمه حكم مسنده في الصحة .

وسرقته كالحكم في طلاقه لأن المعنى في الجميع واحد ، وقد روى عن أحمد في بيعه وشراؤه الروايات الثلاث وسأله ابن منصور إذا طلق السكران أو سرق أو زنى أو اقترى أو اشترى أو باع فقال أجبن عنه لا يصح من أمر السكران شيء وقال أبو عبد الله بن حامد حكم السكران حكم الصالحى فيما له وفيما عليه فأما فيما له وعليه كالبيع والزكاح والمعاوضات فهو كالمجنون لا يصح له شيء وقد أوماً إليه أحمد ، والأولى أن ماله أيضاً لا يصح منه لأن تصحيح تصرفاته فيما عليه مؤاخذة له . وليس من المؤاخذة تصحيح تصرف له .

(فصل) وحد السكر الذى يقع الخلاف فى صاحبه هو الذى يجعله يخلط فى كلامه ولا يعرف ردائه من رداء غيره ، ونعله من نعل غيره ونحو ذلك لأن الله تعالى قال (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون) فجعل علامة زوال السكر عليه ما يقول ، وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : استقرئوه القرآن أو ألقوا رداءه فى الأردية فإن قرأ أم القرآن أو عرف رداءه وإلا فأقم عليه الحد ، ولا يعتبر أن لا يعرف السماء من الأرض ولا الذكر من الأنثى لأن ذلك لا يخفى على المجنون فعليه أولى .

د مسألة ، قال (وإذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه)

وأما الصبي الذى لا يعقل فلا خلاف فى أنه لا طلاق له ، وأما الذى يعقل الطلاق ويعلم أن زوجته تبين به وتحرم عليه فأكثر الروايات عن أحمد أن طلاقه يقع اختارها أبو بكر والخرقي وابن حامد وروى نحو ذلك عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي وإسحاق ، وروى أبو طالب عن أحمد لا يجوز طلاقه حتى يحتلم وهو قول النخعي والزهري ومالك وحماد والثوري وأبي عبيد ، وذكر أبو عبيد أنه قول أهل العراق وأهل الحجاز ، وروى نحو ذلك عن ابن عباس لقول النبي صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم » ولأنه غير مكلف فلم يقع طلاقه كالمجنون ووجه الأولى قوله عليه السلام « الطلاق لمن أخذ بالساق » وقوله « كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله » وروى عن علي رضى الله عنه أنه قال : اكموا الصبيان النكاح فيفهم منه أن فائدته أن لا يطلقوا ولأنه طلاق من عاقل صادق محل الطلاق فوقع كطلاق البالغ

(فصل) وأكثر الروايات عن أحمد تحديد من يقع طلاقه من الصبيان بكونه يعقل وهو اختيار القاضي وروى عن أحمد أبو الحارث إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين عشر إلى اثنتي عشرة وهذا يدل على أنه لا يقع لدون العشر وهو اختيار أبي بكر لأن العشر حد للضرب على الصلاة والصيام وصحة الوصية فكذلك هذا وعن سعيد بن المسيب إذا أحصى الصلاة وصام رمضان جاز طلاقه ، وقال عطاء إذا بلغ أن يصيب النساء ، وعن الحسن إذا عقل وحفظ الصلاة وصام رمضان ، وقال إسحاق إذا جاوز اثنتي عشرة .

(فصل) ومن أجاز طلاق الصبي اقتضى مذهبه أن يجوز توكيله فيه وتوكله لغيره وقد أوما إليه أحمد فقال في رجل قال لصبي طلق امرأتى فقال قد طلقته ثلاثا لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق ف قيل له فإن كانت له زوجة صبية فقالت صير أمرى إلى ، فقال لها أمرك بيدك فقالت قد اخترت نفسي فقال أحمد ليس بشيء حتى يكون مثلها يعقل الطلاق ، وقال أبو بكر لا يصح أن يوكل حتى يبلغ وحكامه عن أحمد .

ولنا أن من صح تصرفه في شيء مما تجوز الوكالة فيه بنفسه صح توكيله ووكالته فيه كالبالغ وما روى عن أحمد من منع ذلك فهو على الرواية التي لا تجيز طلاقه إن شاء الله تعالى .

(فصل) فأما السفیه فيقع طلاقه في قول أكثر أهل العلم منهم القاسم بن محمد ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه ومنع منه عطاء ، والأولى صحته لأنه مكلف مالك لمحل الطلاق فوقع طلاقه كالرشيء ، والحجر عليه في ماله لا يمنع تصرفه في غير ما هو محجور عليه فيه كالمفلس .

مسألة ، قال (ومن أكره على الطلاق لم يلزمه)

لا تختلف الرواية عن أحمد أن طلاق المكره لا يقع وروى ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وابن عباس وابن الزبير وجابر بن سمرة وبه قال عبد الله بن عبيد بن عمير وعكرمة والحسن وجابر بن زيد وشريح وعطاء وطاوس وعمر بن عبد العزيز وابن عون وأيوب السخيتاني ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد

وأجازته أبو قلابة والشعبي والنخعي والزهرى والثوري وأبو حنيفة وصاحبا لأنه طلاق من مكلف في محل يملكه فينفذ كطلاق غير المسكره .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ، رواه ابن ماجه وعن عائشة رضى الله عنها قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا طلاق في إغلاق ، رواه أبو داود والاثرم قال أبو عبيد والقتبي معناه في إكراه وقال أبو بكر سألت ابن دريد وأبا طاهر النحويين فقالا يريد الإكراه لأنه إذا أكره انغلق عليه رأيه ، ويدخل في هذا المعنى المبرسم والمجنون ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا يخالف لهم في عصرهم فيكون إجماعاً ولأنه قول حمل عليه بغير حق فلم يثبت له حكم ككلمة الكفر إذا أكره عليها .

(فصل) وإن كان الإكراه بحق نحو إكراه الحاكم المولى على الطلاق بعد التبرص إذا لم يبيء وإكراهه الرجلين اللذين زوجهما وليان ولا يعلم السابق منهما على الطلاق وقع الطلاق لأنه قول حمل عليه بحق فصح كإسلام المرتد إذا أكره عليه ولأنه إنما جاز إكراهه على الطلاق ليقع طلاقه فلو لم يقع لم يحصل المقصود .
«مسألة» قال (ولا يكون مكرهاً حتى ينال بشيء من العذاب مثل الضرب أو الخنق أو عصر الساق وما أشبهه ولا يكون التواعد كرها) .

أما إذا نيل بشيء من العذاب كالضرب والخنق والعصر والحبس والغلط في الماء مع الوعيد فإنه يكون إكراهاً بلا إشكال لما روى أن المشركين أخذوا عماراً فأرادوه على الشرك فأعطاهم فأنتهى إليه النبي صلى الله عليه وسلم وهو يبكي فجعل يمسح الدموع عن عينيه ويقول : أخذك المشركون فغطوك في الماء وأمروك أن تشرك بالله ففعلت فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم ، رواه أبو حفص بإسناده ، وقال عمر رضى الله عنه نيس الرجل أميناً على نفسه إذا وجعته أو ضربته أو أوثقته وهذا يقتضى وجود فعل يكون به إكراهاً ، فأما الوعيد بمفرده فعن أحد فيه روايتان ، إحداهما ، ليس بإكراه لأن الذي ورد الشرع بالرحمة معه هو ما ورد في حديث عمار وفيه : أنهم أخذوك فغطوك في الماء ، فلا يثبت الحكم إلا فيما كان مثله .

والرواية الثانية : أن الوعيد بمفرده إكراه . قال في رواية ابن منصور حمد الإكراه إذا خاف القتل أو ضرباً شديداً وهذا قول أكثر الفقهاء وبه يقول أبو حنيفة والشافعي لأن الإكراه لا يكون إلا بالوعيد فإن الماضي من العقوبة لا يندفع بفعل ما أكره عليه ولا يخشى من وقوعه وإنما أيسح له فعل المكروه عليه دفعاً لما يتوعد به من العقوبة فيما بعد وهو في الموضعين واحد ، ولأنه متى توعد به بالقتل وعلم أنه يقتله فلم يسح له الفعل أفضى إلى قتله وإلقاء بيده إلى التهلكة ولا يفيد ثبوت الرخصة بالإكراه شيئاً لأنه إذا طلق في هذه الحال وقع طلاقه فيصير المكروه إلى مراده ويقع الضرر بالمكروه ، وثبوت الإكراه في حق من نيل بشيء من العذاب لا ينفي تبوته في حق غيره ، وقد روى عن عمر رضي الله عنه في الذي تدلى يشتار عسلاً فوقفت امرأته على الحبل وقالت طلقني ثلاثاً وإلا قطعته فذكرها الله والإسلام فقالت اتفعلن أو لأفعلن فطلقها ثلاثاً فردده إليها رواه سعيد بإسناده وهذا كان وعيداً .

(فصل) ومن شرط الإكراه ثلاثة أمور . أحدها : أن يكون من قادر بسلطان أو أغلب كاللص ونحوه وحكى عن الشعبي إن أكرهه اللص لم يقع طلاقه وإن أكرهه السلطان وقع قال ابن عينة لأن اللص يقتله وعموم ما ذكرناه في دليل الإكراه يتناول الجميع والذين أكرهوا عماراً لم يكونوا لصواً وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لعمار : إن عادوا فعد ولأنه إكراه فمنع وقوع الطلاق كإكراه اللصوص . الثاني : أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به إن لم يجبه إلى ما طلبه . والثالث : أن يكون مما يستتربه ضرراً كثيراً كالقتل والضرب الشديد والقيء والحبس الطويلين ، فأما الشتم والسب فليس بإكراه رواية واحدة وكذلك أخذ المال اليسير ، فأما الضرر اليسير فإن كان في حق من لا يبالى به فليس بإكراه وإن كان من ذوى المروءات على وجه يكون إخراجاً بصاحبه وعضاً له وشهرة في حقه فهو كالضرب الكثير في حق غيره ، وإن توعد بتعذيب ولده فقد قيل ليس بإكراه لأن الضرر لاحق بغيره والأولى أن يكون إكراهاً لأن ذلك عنده أعظم من أخذ ماله والوعيد بذلك إكراه فكذلك هذا .

(فصل) وإن أكره على طلاق امرأة فطلق غيرها وقع لأنه غير مكره عليه وإن أكره على طلقة فطلق ثلاثاً وقع أيضاً لأنه لم يكره على الثلاث وإن طلق من أكره على طلاقها وغيرها وقع طلاق غيرها دونها وإن خاضعت نيته في الطلاق دون دفع الإكراه وقع لأنه قصده واختاره ويحتمل أن لا يقع لأن اللفظ مرفوع عنه فلا يبقى إلا مجرد النية فلا يقع بها طلاق ، وإن طلق ونوى بقلبه غير امرأته أو تأول في يمينه فله تأويله ويقبل قوله في نيته لأن الإكراه دليل له على تأويله وإن لم يتأول وقصدها بالطلاق لم يقع لأنه معذور ، وذكر أصحاب الشافعي وجهاً أنه يقع لأنه لا مكره له على نيته .

ولنا أنه مكره عليه فلم يقع لعموم ما ذكرنا من الأدلة ولأنه قد لا يحضره التأويل في تلك الحال فتفتت الرخصة .

باب تصريح الطلاق وغيره

وجملة ذلك أن الطلاق لا يقع إلا بلفظ فلو نواه بقلبه من غير لفظ لم يقع في قول عامة أهل العلم منهم عطاء وجابر بن زيد وسعيد بن جبير ويحيى بن أبي كثير والشافعي وإسحاق وروى أيضاً عن القاسم وسالم والحسن والشعبي ، وقال الزهري إذا عزم على ذلك طلقت وقال ابن سيرين فيمن طلق في نفسه أليس قد علمه الله ؟ ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « إن الله تجاوز لأمي عما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم به أو تعمل » رواه النسائي والترمذي وقال هذا حديث صحيح ولأنه تصرف يزيل الملك فلم يحصل بالنية كالبيع والهبة ، وإن نواه بقلبه وأشار بأصابعه لم يقع أيضاً لما ذكرناه . إذا ثبت أنه يعتبر فيه اللفظ فاللفظ ينقسم فيه إلى صريح وكناية فالصريح يقع به الطلاق من غير نية والكناية لا يقع بها الطلاق حتى ينويه أو يأتي بما يقوم مقام نيته .

ومسألة قال (وإذا قال قد طلقته أو قد فارقتك أو قد سرحتك لزما الطلاق) . هذا يقتضي أن صريح الطلاق ثلاثة ألفاظ الطلاق والفراق والسراح وما تصرف منهن وهذا مذهب الشافعي وذهب أبو عبد الله بن حامد إلى أن صريح الطلاق لفظ

الطلاق وحده وما تصرف منه لا غير وهو مذهب أبي حنيفة ومالك إلا أن مالكا يوقع الطلاق به بغير نية لأن الكنايات الظاهرة لا تفتقر عنده إلى النية ، وحجة هذا القول أن لفظ الفراق والسراح يستعملان في غير الطلاق كثيراً فلم يكونا صريحين فيه كسائر كناياته ، ووجه الأول أن هذه الألفاظ ورد بها الكتاب بمعنى الفرقة بين الزوجين فكانا صريحين فيه كلفظ الطلاق ، قال الله تعالى : (فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان) وقال (فأمسكوهن بمعروف) وقال سبحانه (وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته) وقال سبحانه (فتعالين أمتعن وأمرحكن سراحا جميلا) وقول ابن حامد أصح فإن الصريح في الشيء ما كان نصافيه لا يحتمل غيره إلا احتمالا بعيداً ، ولفظة الفراق والسراح إن وردا في القرآن بمعنى الفرقة بين الزوجين فقد وردا لغير ذلك المعنى وفي العرف كثيراً قال الله تعالى : (واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا) وقال (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب) فلا معنى لتخصيصه بفرقة الطلاق على أن قوله (أو فارقوهن بمعروف) لم يرد به الطلاق وإنما هو ترك ارتباطها وكذلك قوله (أو تسريح بإحسان) ولا يصح قياسه على لفظ الطلاق فإنه مختص بذلك سابق إلى الإفهام من غير قرينة ولا دلالة بخلاف الفراق والسراح ، فعلى كلا القولين إذا قال طلقك أو أنت طالق أو مطلقة وقع الطلاق من غير نية وإن قال فارقتك أو أنت مفارقة أو سرحتك أو أنت مسرحة فمن يراه صريحاً أوقع به الطلاق من غير نية ومن لم يره صريحاً لم يوقعه به إلا أن ينويه ، فإن قال أردت بقولي فارقتك أي بجسمي أو بقلبي أو بمذهبي أو سرحتك من يدي أو شغلي أو من حبسي أو سرحت شعرك قبل قوله ، وإن قال أردت بقولي أنت طالق أي من وثاقي أو قال أردت أن أقول طلبتك فسبق لساني فقلت طلقتك ونحو ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى فتى علم من نفسه ذلك لم يقع عليه فيما بينه وبين ربه قال أبو بكر لا خلاف عن أبي عبد الله أنه إذا أراد أن يقول لزوجته اسقيني ماء فسبق لسانه فقال أنت طالق أو أنت حرة أنه لا طلاق فيه ، ونقل ابن منصور عنه أنه سئل عن رجل حلف فجرى على لسانه غير ما في قلبه فقال أرجو أن يكون الأمر فيه واسعاً وهل تقبل دعواه في الحكم ؟ ينظر فإن كان في حال الغضب أو سؤلها الطلاق لم يقبل في الحكم لأن لفظه ظاهر في الطلاق وقرينة حاله تدل عليه فكانت دعواه مخالفة للظاهر من وجهين فلا تقبل

وإن لم تكن في هذه الحال فظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور وأبي الحارث أنه يقبل قوله وهو قول جابر بن زيد والشعبي والحكم حكاه عنهم أبو حفص لأنه فسر كلامه بما يحتمله احتمالاً غير بعيد فقبل كما لو قال أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثانية إفهامها ، وقال القاضي فيه روايتان : هذه التي ذكرنا قال وهي ظاهر كلام أحد (والثانية) لا يقبل وهو مذهب الشافعي لأنه خلاف ما يقتضيه الظاهر في العرف فلم يقبل في الحكم كما لو أقر بعشرة ثم قال زيوفاً أو صغاراً أو إلى شهر فأما إن صرح بذلك في اللفظ فقال طلقك من وثاق أو فارقتك بجسمى أو مرحتك من يدي فلا شك في أن الطلاق لا يقع لأن ما يتصل بالكلام يصرفه عن مقتضاه كاستثناء والشرط ، وذكر أبو بكر في قوله أنت مطلقة أنه إن نوى أنها مطلقة طلاقاً ماضياً أو من زوج كان قبله لم يكن عليه شيء ، وإن لم ينو شيئاً فعلى قولين (أحدهما) يقع (والثاني) لا يقع وهذا من قوله يقتضى أن تكون هذه اللفظة غير صريحة في أحد القولين قال القاضي والمنصوص عن أحمد أنه صريح وهو الصحيح لأن هذه متصرفة من لفظ الطلاق فكانت صريحة فيه كقوله أنت طالق .

(فصل) فأما لفظة الإطلاق فليست صريحة في الطلاق لأنها لم يثبت لها عرف الشرع ولا الاستعمال فأشبهت سائر كناياته ، وذكر القاضي فيها احتمالاً أنها صريحة لأنه لا فرق بين فعلت وأفعلت نحو عظمته وأعظمته وكرمته وأكرمته وليس هذا الذي ذكره بمطرد فإنهم يقولون حييته من التحية وأحييته من الحياة وأصدقت المرأة صداقاً وصدقت حديثها تصديقاً ويفرقون بين أقبل وقبل وأدبر ودبر وأبصر وبصر ويفرقون بين المعاني المختلفة بحركة أو حرف فيقولون حمل لما في البطن وبالكسر لما على الظهر والوقر بالفتح الثقل في الأذن وبالكسر لثقل الحمل ، وههنا فرق بين حل قيد النكاح وبين غيره بالتضعيف في أحدهما والهمزة في الآخر ، ولو كان معنى اللفظين واحداً لقل طلقت الأسيرين والفرس والطائر فهو طالق وطلقت الدابة فهي طالق ومطلقة ولم يسمع هذا في كلامهم وهذا مذهب الشافعي .

(فصل) فإن قال أنت الطلاق فقال القاضي لا تختلف الرواية عن أحمد في أن الطلاق يقع به نواه أو لم ينوه بهذا قال أبو حنيفة ومالك ولأصحاب الشافعي فيه وجهان (أحدهما) أنه غير صريح لأنه مصدر والأعيان لا توصف بالمصادر إلا مجازاً

(والثاني) أن الطلاق لفظ صريح فلم يفتقر إلى نية كالتصرف منه وهو مستعمل في عرفهم قال الشاعر :

نوهت باسمي في العالمين وأفدت نيت عمري عاما فعاما
فأنت الطلاق وأنت الطلاق ق وأنت الطلاق ثلاثا تماما
وقولهم إنه مجاز قلنا نعم إلا أنه يتعذر حمله على الحقيقة ولا يحمل له يظهر سوى
هذا المحمل فتعين فيه

(فصل) وصريح الطلاق بالعجمية بهشم فإذا أتى بها العجمي وقع الطلاق منه بغير نية وقال النخعي وأبو حنيفة هو كناية لا يطلق به إلا بذية لأن معناه خيلتك وهذه اللفظة كناية .

. ولنا : أن هذه اللفظة بلسانهم موضوعة للطلاق يستعملونها فيه فأشبهت لفظ الطلاق بالعربية ولو لم تكن هذه صريحة لم يكن في العجمية صريح للطلاق وهذا بعيد ولا يضر كونها بمعنى خيلتك فإن معنى طلقك خيلتك أيضا إلا أنه لما كان موضوعا له يستعمل فيه كان صريحا كذا هذه ولا خلاف في أنه إذا نوى بها الطلاق كانت طلاقا ، كذلك قال الشعبي والنخعي والحسن ومالك والثوري وأبو حنيفة وزفر والشافعي .

« مسألة ، قال (وإذا قال لها في الغضب أنت حرة أو لطمها فقال هذا طلاقك فقد وقع الطلاق) .

الكلام في هذه المسألة في فصلين .

أحدهما : في أن هذا اللفظ كناية في الطلاق إذا نواه به وقع ولا يقع من غير نية ولا دلالة حال ولا نعلم خلافا في أنت حرة أنه كناية ، فأما إذا لطمها وقال هذا طلاقك فإن كثيرا من الفقهاء قالوا ليس هذا كناية ولا يقع به طلاق ، وإن نوى لأن هذا لا يؤدي معنى الطلاق ولا هو سبب له ولا حكم فلم يصح التعبير به عنه كقوله (غفر الله لك) وقال ابن حامد يقع به الطلاق من غير نية لأن تقديره أوقعت عليك طلاقا هذا الضرب من أجله فعلى قوله يكون هذا صريحا ، وقول الحرفي محتمل لهذا أيضا ، ويحتمل أنه إنما يوقعه إذا كان في حال الغضب فيكون

الغضب قائماً مقام النية كما قام مقامها في قوله أنت حرة ، ويحتمل أن يكون لطمه لها قرينة تقوم مقام النية لأنه يصدر عن الغضب فجري مجراه والصحيح أنه كناية في الطلاق لأنه محتمل بالتقدير الذي ذكره ابن حامد ويحتمل أن يريد أنه سبب لطلاقك لكون الطلاق معلقاً عليه فصيح أن يعبر به عنه وليس بصريح لأنه احتاج إلى تقدير ولو كان صريحاً لم يحتج إلى ذلك ولأنه غير موضوع له ولا مستعمل فيه شرعاً ولا عرفاً فأشبهه سائر الكنايات وعلى قياسه ما لو أطعمها أو سقاها أو كساها وقال هذا طلاقك أو لو فعلت المرأة فعلاً من قيام أو قعود أو فعل هو فعلاً ، وقال هذا طلاقك فهو مثل لطمها إلا في أن اللطم يدل على الغضب القائم مقام النية فيكون هو أيضاً قائماً مقامها في وجهه، وما ذكرنا لا يقوم مقام النية عند من اعتبرها .

الفصل الثاني : أنه إذا أتى بالكناية في حال الغضب فذكر الخرق في هذا الموضع أنه يقع الطلاق وذكر القاضي وأبو بكر وأبو الخطاب في ذلك روايتين .
إحداهما : يقع الطلاق ، قال في رواية الميموني إذا قال لزوجته أنت حرة لوجه الله في الرضاء لا في الغضب فأخشى أن يكون طلاقاً .

والرواية الأخرى : ليس بطلاق وهو قول أبي حنيفة والشافعي إلا أن أبا حنيفة يقول في اعتدى واختارى وأمرتك بيدك كقولنا في الوقوع واحتجاً بأن هذا ليس بصريح في الطلاق ولم ينو به فلم يقع به الطلاق كحال الرضاء ولأن مقتضى اللفظ لا يتغير بالرضاء والغضب ويحتمل أن ما كان من الكنايات لا يستعمل في غير الفرقة إلا نادراً نحو قوله أنت حرة لوجه الله واعتدى واستبرئ وحبلك على غاربك وأنت بائن وأشبه ذلك أنه يقع في حال الغضب وجواب سؤال الطلاق من غير نية وما كثر استعماله لغير ذلك نحو إذهي واخرجي وروحي وتقنعي لا يقع الطلاق به إلا بنية ، ومذهب أبي حنيفة قريب من هذا وكلام أحمد والخرقي في الوقوع إنما ورد في قوله أنت حرة وهو مما لا يستعمله الإنسان في حق زوجته غالباً إلا كناية عن الطلاق ولا يلزم من الاكتفاء بذلك بمجرد الغضب وقوع غيره من غير نية لأن ما كثر استعماله يوجد كثيراً غير مراد به الطلاق في حال الرضاء فكذلك في حال تغضب إذ لا حرج عليه في استعماله والتكلم به بخلاف ما لم تجر العادة بذكره فإنه

لما قل استعماله في غير الطلاق كان مجرد ذكره يظن منه إرادة الطلاق فإذا انضم إلى ذلك بحديثه عقيب سؤال الطلاق أو في حال الغضب قوى الظن فصار ظناً غالباً ، ووجه الرواية الأخرى أن دلالة الحال تغير حكم الأقوال والأفعال فإن من قال لرجل يا عفيف ابن العفيف حال تعظيمه كان مدحاً له ، وإن قاله في حال شتمه وتنقصه كان قذفاً وذماً ، ولو قال إنه لا يغدر بذمة ولا يظلم حبة خردل وما أحد أوفى ذمة منه في حال المدح كان مدحاً بليغاً كما قال حسان :

فاحمات من ناقة فوق رحلها أبر وأوفى ذمة من محمد

ولو قاله في حال الذم كان هجاء قبيحاً كقول النجاشي :

قبيلة لا يغدرون بذمة ولا يظلمون الناس حبة خردل

وقال آخر : كأن ربى لم يخلق لخشيتيه سواهم من جميع الناس إنساناً

وهذا في هذا الموضع هجاء قبيح وذم حتى حكى عن حسان أنه قال ما أراه إلا قد سلح عليهم ولولا القرينة ودلالة الحال كان من أحسن المدح وأبلغه وفي الأفعال لو أن رجلاً قصد رجلاً بسيف والحال يدل على المزح والله لم يحز قتله ولو دلت الحال على الجد جاز دفعه بالقتل والغضب وهنا يدل على قصد الطلاق فيقوم مقامه .

(فصل) وإن أتى بالكناية في حال سؤال الطلاق فالحكم فيه كالحكم فيما إذا أتى بها في حال الغضب على ما فيه من الخلاف والتفصيل ، والوجه لذلك ما تقدم من التوجيه إلا أن المنصوص عن أحمد هنا أنه لا يصدق في عدم النية قال في رواية أبي الحارث إذا قال لم أنوه صدق في ذلك إذا لم تكن سأله الطلاق فإن كان بينهما غضب قبل ذلك فيفرق بين كونه جواباً للسؤال وكونه في حال الغضب وذلك لأن الجواب ينصرف إلى السؤال فلو قال لي عندك دينار قال نعم أو صدقت كان إقراراً به ولم يقبل منه تفسيره بغير الإقرار ولو قال زوجتك لبنتي وبعثتك ثوبى هذا فقال قبلت صح وكفى ولم يحتج إلى زيادة عليه ولو أراد بالكناية حال الغضب أو سؤال الطلاق غير الطلاق لم يقع الطلاق لأنه لو أراده بالصريح لم يقع بالكناية أولى وإذا ادعى ذلك دين يهل يقبل في الحكم ؟ فظاهر كلام أحمد في رواية أبي الحارث أنه يصدق إن كان في الغضب ولا يصدق إن كان جواباً لسؤال الطلاق وتقبل عنه في

موضع آخر أنه إذا قال أنت خلية أو بريئة أو بائن ولم يكن بينهما ذكر طلاق ولا غضب صدق فمفهومه أنه لا يصدق مع وجودهما وحكى هذا عن أبي حنيفة إلا في الأربعة المذكورة والصحيح أنه يصدق لما روى سعيد بإسناده أن رجلاً خطب إلى قوم فقالوا لا نزوجك حتى تطلق امرأتك فقال قد طلقت ثلاثاً فزوجوه ثم أمسك امرأته فقالوا ألم تقل أنك طلقت ثلاثاً؟ قال ألم تعلموا أني تزوجت فلانة ثم طلقها ثم تزوجت فلانة وطلقها ثم تزوجت فلانة وطلقها فسل عثمان عن ذلك فقال له نيته ولأنه أمر يعتبر بنيته فيه فقبل قوله فيما يحتمله كما لو كرر لفظاً وقال أردت التوكيد .

مسألة ، قال أبو عبد الله (وإذا قال لها أنت خلية أو أنت بريئة أو أنت بائن أو حبلك على غاربك أو الحق بأهلك فهو عندي ثلاث ولكن أكره أن أفتي به سواء دخل بها أو لم يدخل) .

أكثر الروايات عن أبي عبد الله كراهية الفتيا في هذه الكنايات مع ميله إلى أنها ثلاث وحكى ابن أبي موسى في الإرشاد عنه روايتين إحداهما : أنها ثلاث والثانية : يرجع إلى مانوا اختارها أبو الخطاب وهو مذهب الشافعي قال يرجع إلى مانوي فإن لم ينو شيئاً وقعت واحدة ونحوه قول النخعي إلا أنه قال يقع طلقة بائنة لأن لفظه يقتضي البينونة ولا يقتضي عدداً وروى حنبل عن أحمد ما يدل على هذا فإنه قال يزيد لها في مهرها إن أراد رجعتها ولو وقع ثلاثاً لم يحل له رجعتها ولو لم تبين لم يحتج إلى زيادة في مهرها .

واحتج الشافعي بما روى أبو داود بإسناده أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سبيمة البتة فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك وقال والله ما أردت إلا واحدة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، الله ما أردت إلا واحدة ؟ ، فقال ركانة الله ما أردت إلا واحدة فردها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فطلقها الثانية في زمن عمر والثالثة في زمن عثمان ، قال علي بن محمد الطنافسي ما أشرف هذا الحديث ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لإبنة الجون ، إالحق بأهلك ، ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ليطاق ثلاثاً وقد نهى عن ذلك ، ولأن الكنايات مع التبه كالصريح فلم يقع به عند الإطلاق أكثر من واحدة كقوله أنت طالق .

وقال الثوري وأصحاب الرأي إن نوى ثلاثاً فثلاث وإن نوى اثنتين أو واحدة وقعت واحدة ولا يقع اثنتين لأن الكناية تقتضي البيئونة دون العدد ، والبيئونة بينوتان صغرى وكبرى فالصغرى بالواحدة والكبرى بالثلاث ولو أوقعنا اثنتين كان موجه العدد وهي لا تقتضيه .

وقال ربيعة ومالك : يقع بها الثلاث وإن لم ينو إلا في خلع أو قبل الدخول فإنها تطلق واحدة لأنها تقتضي البيئونة والبيئونة تحصل في الخلع وقبل الدخول بواحدة فلم يزد عليها لأن اللفظ لا يقتضي زيادة عليها وفي غيرهما يقع الثلاث ضرورة أن البيئونة لا تحصل إلا بها ووجه أنها ثلاث أنه قول أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فروى عن علي وابن عمر وزيد بن ثابت أنها ثلاث ، قال أحمد في الحلية والبرية والبتة قول علي وابن عمر قول صحيح ثلاثاً .

وقال علي والحسن والزهرى في البائن أنها ثلاث . وروى النجاد بإسناده عن نافع أن رجلاً جاء إلى عاصم وابن الزبير فقال إن ظري هذا طلق امرأته البتة قبل أن يدخل بها فهل تجدان له رخصة ؟ فقالا : لا ولكننا تركنا ابن عباس وأبا هريرة عند عائشة فسألهم ثم أرجع إلينا فأخبرنا فسألهم فقال أبو هريرة لا تحمل له حتى تنكح زوجاً غيره ، وقال ابن عباس هي ثلاث وذكر عن عائشة متابعتها .

وروى النجاد بإسناده أن عمر رضي الله عنه جعل البتة واحدة ثم جعلها بعد ثلاث تطليقات ، وهذه أقوال علماء الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعاً ، ولأنه طلق امرأته بلفظ يقتضي البيئونة فوجب الحكم بطلاق تحصيل به البيئونة كما لو طلق ثلاثاً أو نوى الثلاث واقتضاؤه للبيئونة ظاهر في قوله أنت بائن وكذا في قوله البتة لأن البت القطع فكانه قطع النكاح كله ولذلك يعبر به عن الطلاق الثلاث كما قالت امرأة رفاعة إن رفاعة طلقني فبت طلاقى ، وبتله هو من القطع أيضاً ولذلك قيل في مريم البتول لا تقطاعها عن النكاح ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن التبتل وهو الانقطاع عن النكاح بالكلية ، وكذلك الحلية والبرية يقتضيان الخلوع من النكاح والبراءة منه وإذا كان للفظ معنى فاعتبه الشرع إنما يعتبر فيما يقتضيه ويؤدى معناه ولا سبيل إلى البيئونة بدون الثلاث ف وقعت ضرورة الوفاء بما يقتضيه لفظه

ولا يمكن إيقاع واحدة بائن لأنه لا يقدر على ذلك بصريح الطلاق فكذلك بكنايته ولم يفرقوا بين المدخول بها وغيرها لأن الصحابة لم يفرقوا ، لأن كل لفظة أوجبت الثلاث في المدخول بها أوجبتهما في غيرها كقوله أنت طالق ثلاثا .

فأما حديث ركانة فإن أحمد ضعف إسناده فلذلك تركه ، وأما قوله عليه السلام لابنة الجون « الحق بأهلك » فيدل على أن هذه اللفظة لا تقتضي الثلاث وليست من اللفظات التي قال الصحابة فيها بالثلاث ولا هي مثلها فيقتصر الحكم عليها ، وقولهم إن الكناية بالنية كالصريح قلنا نعم إلا أن الصريح ينقسم إلى ثلاث تحصل بها البينونة وإلى ما دونها مما لا تحصل الصريح به البينونة فكذلك الكناية تنقسم كذلك فمنها ما يقوم مقام الصريح المحصل للبينونة وهو هذه الظاهرة ومنها ما يقوم مقام الواحدة وهو ما عداها والله أعلم .

(فصل) وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد والخرقي أن الطلاق يقع بهذه الكنايات من غير نية كقول مالك لأنه اشتهر استعمالها فيه فلم تحتاج إلى نية كالصريح ومفهوم كلام الخرقي أنه لا يقع إلا بنية لقوله وإذا أتى بصريح الطلاق وقع نواه أو لم ينو فمفهومه أن غير الصريح لا يقع إلا بنية ولأن هذا كناية فلم يثبت حكمه بغير نية كسائر الكنايات .

(فصل) والكناية ثلاثة أقسام ظاهرة وهي ستة ألفاظ خلية وبرية وبائن وبنة وبتلة وأمر بك بيدك ، الحكم فيها ما بيناه في هذا الفصل ، وإن قال أنت طالق بائن أو البتة فهكذاك إلا أنه لا يحتاج إلى نية لأنه وصف بها الطلاق الصريح وإن قال أنت طالق لا رجعة لي عليك وهي مدخول بها فهي ثلاث ، قال أحمد إذا قال لامرأته أنت طالق لا رجعة فيها ولا مثنوية هذه مثل الخلية والبرية ثلاثا هكذا هو عندي وهذا قول أبي حنيفة ، وإن قال ولا رجعة لي فيها بالواو فكذلك وقال أصحاب أبي حنيفة تكون رجعية لأنه لم يصف الطلقة بذلك وإنما عطف عليها .

ولنا : أن الصفة تصح مع العطف كما لو قال بعثك بعشرة وهي مغربية صح وكان صفة للثمن قال الله تعالى (إلا استمعوه وهم يلعبون) وإن قال أنت طالق واحدة بائناً أو واحدة بتة ففيها ثلاث روايات . إحداهن : أنها واحدة رجعية

ويُلغوما بعدها قال أحد لا أعرف شيئاً مقدماً إن نوى واحدة تكون بائناً وهذا مذهب الشافعي لأنه وصف الطلقة بما لا تتصف به فلغت الصفة كما لو قال أنت طالق طاعة لا تقع عليك والثانية : هي ثلاث قاله أبو بكر وقال هو قول أحد لأنه أتى بما يقتضى الثلاث فوقه ولغا قوله واحدة كما لو قال أنت طالق واحدة ثلاثاً والثالثة . رواها حنبل عن أحمد إذا طلق امرأته واحدة البتة فإن أمرها بيدها يزيدا في مهرها إن أراد رجعتها ، فهذا يدل على أنه أوقع بها واحدة بائناً لأنه جعل أمرها بيدها ولو كانت رجعية لما كان أمرها بيدها ولا احتاجت إلى زيادة في مهرها ولو وقع ثلاث لما حلت له رجعتها ، وقال أبو الخطاب هذه الرواية تخرج في جميع الكنايات الظاهرة فيكون ذلك مثل قول إبراهيم النخعي ، ووجهه أنه أوقع الطلاق بصفة البينة فوقع على ما أوقعه ولم يزد على واحدة لأن لفظه لم يقتض عددا فلم يقع أكثر من واحدة كما لو قال أنت طالق وحمل القاضي رواية حنبل على أن ذلك بعد انقضاء العدة.

القسم الثاني : مختلف فيها وهي ضربان منصوص عليها وهي عشرة (١) الحق بأهلك ، وحبلك على غاربك ، ولا سبيل لي عليك ، وأنت على حرج ، وأنت على حرام ، واذهي فتزوجي من شئت ، وغطى شعرك ، وأنت حرة ، وقد أعتقتك فهذه عن أحمد فيها روايتان . أحدهما : أنها ثلاث . والثانية : ترجع إلى مانواه وإن لم ينو شيئاً فواحدة كسائر الكنايات .

والضرب الثاني : مقيس على هذه وهي استبرئي رحمك وحملت للأزواج وتقنعى ولا سلطان لي عليك ، فهذه في معنى المنصوص عليها فيكون حكمها حكمها والصحيح في قوله الحق بأهلك أنها واحدة ولا تكون ثلاثاً إلا بنية لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لابنة الجون « الحق بأهلك » متفق عليه ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ليطلق ثلاثاً وقد نهى أمته عن ذلك ، قال الاثرم قلت لأبي عبد الله إن النبي صلى الله عليه وسلم قال لابنة الجون « الحق بأهلك » ولم يكن طلاقاً غير هذا ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ليطلق ثلاثاً فيكون غير طلاق السنة فقال لا أدري ، وكذلك قوله اعتدى واستبرئي رحمك لا يختص الثلاث

(١) كذا في الأصول ولكنه لم يذكر غير تسعة

فإن ذلك يكون من الواحدة كما يكون من الثلاث ؛ وقد روى أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لسودة ابنة زمعة اعتدى فجعلها تطليقة وروى هشيم أنبأنا الأعمش عن المنهال بن عمرو أن نعيم بن دجاجة الأسدي طلق امرأته تطليقتين ثم قال هي على حرج وكتب في ذلك إلى عمر بن الخطاب فقال أما إنها ليست بأهونهن .

وأما سائر اللفظات فإن قلنا هي ظاهرة فلان معناها معنى الظاهرة فإن قوله لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك إنما يكون في المبتوتة . أما الرجعية فله عليها سبيل وسلطان وقوله : أنت حرة أو أعتقتك يقتضي ذهاب الرق عنها وخلوصها منه والرق هنا النكاح ، وقوله أنت حرام يقتضي بينوتها منه لأن الرجعية غير محرمة وكذلك حلت للأزواج لأنك بنت مني وكذلك سائرهما ، وإن قلنا هي واحدة فلانها محتملة فإن قوله حلت للأزواج أى بعد انقضاء عدتك إذ لا يمكن حلها قبل ذلك والواحدة تحملها وكذلك انكحى من شئت وسائر الالفاظ يتحقق معناها بعد قضاء عدتها .

القسم الثالث : الحفية نحو اخرجى واذهب وذوقى وتجرجى وأنت مخلا واختارى ووهبتك لأهلك وسائر ما يدل على الفرقة ويؤدى معنى الطلاق سوى ما تقدم ذكره فهذه ثلاث إن نوى ثلاثاً واثنان إن نواهما وواحدة إن نواها أو أطلق قال أحمد ما ظهر من الطلاق فهو على ما ظهر وما عنى به الطلاق فهو على ما عنى مثل حبلك على غاربك إذا نوى واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً فهو على ما نوى ومثل لا سبيل لي عليك ، وإذا نص في هاتين على أنه يرجع إلى نيته فكذلك سائر الكسنيات وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة لا يقع اثنان وإن نواهما وقع واحدة وقد تقدم ذكر ذلك ، وإن قال أنت واحدة فهي كناية خفية لكنها لا تقع بها إلا واحدة وإن نوى ثلاثاً لأنها لا تحتمل غير الواحدة وإن قال أغناك الله فهي كناية خفية لأنه يحتمل أغناك الله بالطلاق لقول الله تعالى (وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته) .

(فصل) والطلاق الواقع بالكسنيات رجعى ما لم يقع الثلاث في ظاهر المذهب

وهو قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة كلها بواطن إلا اعتدى واستبرئ رحمك وأنت واحدة لأنها تقتضي البينة فتقع البينة كقوله أنت طالق ثلاثاً .

ولنا أنه طلاق صادف مدخولاً بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فوجب أن يكون رجعيّاً كصريح الطلاق وما سلموه من الكنايات وقولهم : إنها تقتضي البينة قلنا فينبغي أن تبين بثلاث لأن المدخول بها لا تبين إلا بثلاث أو عوض .
(فصل) فأما ما لا يشبه الطلاق ولا يدل على الفراق كقوله اقعدى وقوى وكلى واشربى واقربى واطعمينى واسقينى وبارك الله عليك وغفر الله لك وما أحسنك وأشبهه ذلك فليس بكناية ولا تطلق به وإن نوى لأن اللفظ لا يحتمل الطلاق فلو وقع الطلاق به لوقع بمجرد النية وقد ذكرنا أنه لا يقع بها وبهذا قال أبو حنيفة ، واختلاف أصحاب الشافعي في قوله كلى واشربى فقال بعضهم كقولنا ؛ وقال بعضهم هو كناية لأنه يحتمل كلى ألم الطلاق واشربى كأس الفراق فوقع به كقولنا ذوقى وتجرعى .

ولنا : أن هذا اللفظ لا يستعمل بمفرده إلا فيما لا ضرر فيه كنحو قوله تعالى (كلوا واشربوا هنيئاً بما كنتم تعملون) وقال (فكلوه هنيئاً مريئاً) فلم يكن كناية كقوله اطعمينى ، وفارق ذوقى وتجرعى فإنه يستعمل فى المكافاة كقول الله تعالى (ذق إنك أنت العزيز الكريم) (وذوقوا عذاب الحريق) (وذوقوا مس سقر) وكذلك التجرع قال الله تعالى (يتجرعه ولا يكاد يسيغه) فلم يصح أن يلحق بهما ما ليس مثلهما .

(فصل) فإن قال أنا منك طالق أو جعل أمر امرأته بيدها فقالت أنت طالق لم تطلق زوجته نص عليه فى رواية الأثرم وهو قول ابن عباس والثورى وأبى عبيد وأصحاب الرأى وابن المنذر وروى ذلك عن عثمان بن عفان رضى الله عنه وقال مالك والشافعي تطلق إذا نوى به الطلاق ، وروى نحو ذلك عن عمر وابن مسعود وعطاء والنخعي والقاسم وإسحاق لأن الطلاق إزالة النكاح وهو مشترك بينهما فإذا صح فى أحدهما صح فى الآخر ولا خلاف فى أنه لا يقع به الطلاق من غير نية .

ولنا : أنه محل لا يقع الطلاق بإضافته إليه من غير نية فلم يقع وإن نوى كالأجنبي ولأنه لو قال : أنا طالق ولم يقل منك لم يقع ولو كان محلاً للطلاق لوقع بذلك كالمرأة ولأن الرجل مالك في النكاح والمرأة مملوكة فلم يقع إزالة الملك بإضافة الإزالة إلى المالك كالتق ، ويدل على هذا أن الرجل لا يوصف بأنه مطلق بخلاف المرأة ، وجاء رجل إلى ابن عباس فقال : ملكت امرأتى أمرها فطلقتي ثلاثاً فقال ابن عباس خطا الله نواها إن الطلاق لك وليس لها عليك ، رواه أبو عبيد والاثم واحتج به أحمد .

(فصل) وإن قال أنا منك بائن أو برى فقد توقف أحمد فيه ، قال أبو عبد الله ابن حامد يتخرج على وجهين أحدهما : لا يقع لأن الرجل محمل لا يقع الطلاق بإضافة صريحة إليه فلم يقع بإضافة كنيته إليه كالأجنبي ، والثاني : يقع لأن لفظ البينونة والبراءة يوصف بهما كل واحد من الزوجين ، يقال : بان منها وبانت منه وبرى منها وبرئت منه وكذلك لفظ الفرقة يضاف إليهما قال الله تعالى (وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته) وقال تعالى (يفرقون به بين المرء وزوجه) ويقال فارقت المرأة وفارقها ولا يقال طلقته ولا سرحته ولا تطلقا ولا تسرحا .

وإن قال أنا بائن ولم يقل منك فذكر القاضى فيما إذا قال لها أمرك بيدك فقالت أنت بائن ولم تقل منى أنه لا يقع وجهاً واحداً ، وإن قالت أنا بائن ونوت وقع وإن قالت أنت منى بائن فعلى الوجهين فيخرج ههنا مثل ذلك .

مسألة ، قال (وإذا أتى بصريح الطلاق لزمه نواه أو لم ينوه)

قد ذكرنا أن صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية بل يقع من غير قصد ولا خلاف في ذلك ، ولأن ما يعتبر له القول يكفي فيه به من غير نية إذا كان صريحاً فيه كالبيع وسواء قصد المزح أو الجدل لقول النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جده وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة ، رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن ، قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن جد الطلاق وهزله سواء روى هذا عن عمر بن الخطاب وابن مسعود ونحوه عن عطاء وعبيدة وبه قال الشافعى وأبو عبيد ، قال أبو عبيد وهو قول سفيان وأهل

العراق ، فأما لفظ الفراق والسراح فينبني على الخلاف فيه فن جعله صريحاً أوقع به الطلاق من غير نية ومن لم يجعله صريحاً لم يوقع به الطلاق حتى ينويه ويكون بمنزلة الكنايات الخفية .

(فصل) فإن قال الأعجمي لامرأته أنت طالق ولا يفهم معناه لم تطلق لأنه ليس بمختار للطلاق فلم يقع طلاقه كالمكره ، فإن نوى موجهه عند أهل العربية لم يقع أيضاً لأنه لا يصح منه اختيار ما لا يعلمه ولذلك لو نطق بكلمة الكفر من لا يعلم معناها لم يكفر ، ويحتمل أن تطلق إذا نوى موجهها لأنه لفظ بالطلاق ناوياً موجهه فأشبهه العربي ، وكذلك الحكم إذا قال العربي : بهشم ولا يعلم معناها .

(فصل) فإن قال لزوجته وأجنبية إحداكما طالق أو قال لحماته ابنتك طالق ولها بنت سوى امرأته ، أو كان اسم زوجته زينب فقال زينب طالق طلقت زوجته لأنه لا يملك طلاق غيرها فإن قال أردت الأجنبية لم يصدق نص عليه أحمد في رجل تزوج امرأة فقال لحماته ابنتك طالق وقال أردت ابنتك الأخرى التي ليست بزوجتي فقال يحنث ولا يقبل منه وقال في رواية أبي داود في رجل له امرأتان أسماء فاطمة فماتت إحداهما فقال فاطمة طالق ينوي الميئة فقال الميئة تطلق ؟ قال أبو داود : كأنه لا يصدق في الحكم .

وقال القاضي فيما إذا نظر إلى امرأته وأجنبية فقال إحداكما طالق وقال أردت الأجنبية فهل يقبل ؟ على روايتين ، وقال الشافعي يقبل ههنا ولا يقبل فيما إذا قال زينب طالق وقال أردت أجنبية اسمها زينب لأن زينب لا يتناول الأجنبية بصريحه بل من جهة الدليل وقد عارضه دليل آخر وهو أنه لا يطلق غير زوجته فصار اللفظ في زوجته أظهر فلم يقبل خلافه ، فأما إذا قال إحداهما فإنه يتناول الأجنبية بصريحه ، وقال أصحاب الرأي وأبو ثور يقبل في الجميع لأنه فسر كلامه بما يحتمله . ولنا أنه لا يحتمل غير امرأته على وجه صحيح فلم يقبل تفسيره بها كما لو فسر كلامه بما لا يحتمله وكما لو قال زينب طالق عند الشافعي وما ذكره من الفرق لا يصح فإن إحداكما ليس بصريح في واحدة منهما إنما يتناول واحدة لا بعينها وزينب يتناول واحدة لا بعينها ثم تعينت الزوجة لكونها محل الطلاق وخطاب غيرها به عبث كما إذا قال إحداكما طالق ثم لو تناولها بصريحه لكنه صرفه عنها دليل فصار

ظاهراً في غيرها ، ولما قال النبي صلى الله عليه وسلم للتلاعنين ، أحكما كاذب ، لم ينصرف إلا إلى الكاذب منهما وحده ولما قال حسان يعني النبي صلى الله عليه وسلم وأبا سفيان * فشركما لخيركما الفداء * لم ينصرف شرهما إلا إلى أبي سفيان وحده وخيرهما النبي صلى الله عليه وسلم وحده وهذا في الحكم ، أما فيما بينه وبين الله تعالى فيدين فيه فتى علم من نفسه أنه أراد الأجنبية لم تطلق زوجته لأن اللفظ محتمل له وإن كان غير مقيد ولو كانت ثم قرينة دالة على إرادته الأجنبية مثل أن يدفع يمينه ظلماً أو يتخلص بها من مكروه قبل قوله في الحكم لوجود الدليل الصارف إليها وإن لم ينو زوجته ولا الأجنبية طلقت زوجته لأنها محل الطلاق واللفظ يحتملها ويصلح لها ولم يصرفه عنها فوقع به كما لو نواها .

(فصل) فإن كانت له امرأتان حفصة وعمرة فقال يا حفصة فأجابته عمرة فقال أنت طالق فإن لم تكن له نية أو نوى المجبية وحدها طلقت وحدها لأنها المطلقة دون غيرها ، وإن قال ما خاطبت بقولي أنت طالق إلا حفصة وكانت حاضرة طلقت وحدها ، وإن قال علمت أن المجبية عمرة فخاطبتها بالطلاق وأردت طلاق حفصة طلقتا معاً في قولهم جميعاً ، وإن قال ظننت المجبية حفصة فطلقتها طلقت حفصة رواية واحدة وفي عمرة روايتان :

إحداهما : تطلق أيضاً وهو قول النخعي وقتادة والأوزاعي وأصحاب الرأي واختاره ابن حامد لأنه خاطبها بالطلاق وهي محل له فطلقت كما لو قصدها .

والثانية : لا تطلق وهو قول الحسن والزهرى وأبي عبيد ، قال أحمد في رواية منها في رجل له امرأتان فقال فلانة أنت طالق فالتفت فإذا هي غير التي حلف عليها قال : قال إبراهيم يطلقان والحسن يقول تطلق التي نوى قيل له ما تقول أنت ؟ قال تطلق التي نوى ووجهه أنه لم يقصدها بالطلاق فلم تطلق كما لو أراد أن يقول أنت طاهر فسبق لسانه فقال أنت طالق ، وقال أبو بكر لا يختلف كلام أحمد أنها لا تطلق . وقال الشافعي : تطلق المجبية وحدها لأنها مخاطبة بالطلاق فطلقت كما لو لم ينو غيرها ولا تطلق المنوية لأنه لم يخاطبها بالطلاق ولم تعترف بطلاقها وهذا يبطل بما لو علم أن المجبية عمرة فإن المنوية تطلق بإزادتها الطلاق ولولا ذلك لم تطلق بالاعتراف به

لأن الاعتراف بما لا يوجب لا يوجب ولأن الغائبة مقصودة بلفظ الطلاق فطلقت بلفظ الطلاق فطلقت كما لو علم الحال .

(فصل) وإن أشار إلى عمرة فقال يا حفصة أنت طالق وأراد طلاق عمرة فسبق لسانه إلى تداء حفصة طلقت عمرة وحدها لأنه لم يرد بلفظه إلا طلاقها وإعما سبق لسانه إلى غير ما أراده فأشبه ما لو أراد أن يقول أنت طاهر فسبق لسانه إلى أنت طالق ، وإن أتى باللفظ مع عليه أن المشار إليها عمرة طلقنا معا عمرة بالإشارة إليها وإضافة الطلاق إليها وحفصة بنيتها ولفظه بها ، وإن ظن أن المشار إليها حفصة طلقت حفصة وفي عمرة روايتان كالتى قبلها .

(فصل) وإن لقي أجنبية ظنها زوجته فقال : فلانة أنت طالق فإذا هي أجنبية طلقت زوجته نص عليه أحمد ، وقال الشافعي لا تطلق لأنه خاطب بالطلاق غيرها فلم يقع كما لو علم أنها أجنبية فقال أنت طالق .

ولنا : أنه قصد زوجته بلفظ الطلاق فطلقت كما لو قال علمت أنها أجنبية وأردت طلاق زوجتي وإن قال لها أنت طالق ولم يذكر اسم زوجته احتمل ذلك أيضاً لأنه قصد امرأته بلفظ الطلاق ، واحتمل أن لا تطلق لأنه لم يخاطبها بالطلاق ولا ذكر اسمها معه وإن علمها أجنبية وأراد بالطلاق زوجته طلقت ، وإن لم يردها بالطلاق لم تطلق .

(فصل) وإن لقي امرأته فظنها أجنبية فقال أنت طالق أو تنحى يا مطلقة أو لقي أمتها فظنها أجنبية فقال أنت حرة أو تنحى يا حرة فقال أبو بكر فيمن لقي امرأته فقال تنحى يا مطلقة أو يا حرة وهو لا يعرفها فإذا هي زوجته أو أمتها لا يقع بهما طلاق ولا حرية لأنه لم يرد بهما ذلك فلم يقع بهما شيء كسبق اللسان إلى ما لم يرده ، ويحتمل أن لا تعتق الأمة لأن العادة من الناس مخاطبة من لا يعرفها بقوله يا حرة وتطلق الزوجة لعدم العادة بالمخاطبة بقوله يا مطلقة .

(فصل) فأما غير الصريح فلا يقع الطلاق به إلا بنية أو دلالة حال ، وقال مالك الكنايات الظاهرة كقوله أنت بائن وبنة وبتلة وحرام يقع بها الطلاق من غير نية قال القاضي في الشرح وهذا ظاهر كلام أحمد والخرقي لأنها مستعملة في الطلاق في العرف فصارت كالصريح .

ولنا : أن هذه كناية لم تعرف بإرادة الطلاق بها ولا اختصت به فلم يقع الطلاق بها بمجرد اللفظ كسائر الكنايات وإذا ثبت اعتبار النية فإنها تعتبر مقارنة للفظ فإن وجدت في ابتدائه وعربيت عنه في سائر وقع الطلاق وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقع فلو قال أنت بائن ينوي الطلاق وعربت نيته حين قال أنت بائن لا يقع لأن القدر الذي صاحبه النية لا يقع به شيء .

ولنا : أن ما تعتبر له النية يكفي فيه بوجودها في أوله كالصلاة وسائر العبادات فأما إن تلفظ بالكناية غير ناو ثم نوى بها بعد ذلك لم يقع الطلاق وكما لو نوى الطهارة بالغسل بعد فراغه منه .

« مسألة ، قال (ولو قيل له ألك امرأة ؟ فقال لا وأراد به الكذب لم يلزمه شيء ولو قال قد طلقها وأراد به الكذب لزمه الطلاق)

إنما لم يلزمه إذا أراد الكذب لأن قوله مالى امرأة كناية تفتقر إلى نية الطلاق وإذا نوى الكذب فما نوى الطلاق فلم يقع وهكذا لو نوى أنه ليس لى امرأة تخدمنى أو ترضينى أو أنى كمن لا امرأة له أو لم ينو شيئاً لم تطلق لعدم النية المشترطة فى الكناية وإن أراد بهذا اللفظ طلاقها طلقت لأنها كناية صحتها النية وبهذا قال الزهرى ومالك وحماد بن أبى سليمان وأبو حنيفة والشافعى وقال أبو يوسف ومحمد لا تطلق فإن هذا ليس بكناية وإنما هو خبر هو كاذب فيه وليس بإيقاع .

ولنا أنه محتمل للطلاق لأنه إذا طلقها فأيست له بأمرأه فأشبهه قوله أنت بائن وغيرها من الكنايات الظاهرة وهذا يبطل قولهم . فأما إن قال طلقها وأراد الكذب طلقت لأن لفظ الطلاق صريح يقع به الطلاق من غير نية ، وإن قال خليتها أو أبنتها افتقر إلى النية لأنه كناية لا يقع به الطلاق من غير نية .

(فصل) فإن قيل له أطلقت امرأتك ؟ فقال نعم أو قيل له امرأتك طالق ؟ فقال نعم طلقت امرأته ، وإن لم ينو وهذا الصحيح من مذهب الشافعى واختيار المزنى لأن نعم صريح فى الجواب والجواب الصريح للفظ الصريح صريح ، ألا ترى أنه لو قيل له ألقلان عليك ألفب ؟ فقال نعم وجب عليه وإن قيل له طلقت امرأتك فقال قد كان بعض ذلك وقال أردت الإيقاع وقع . وإن قال أردت أنى علق

طلاقها بشرط قبل لأنه محتمل لما قاله وإن قال أردت الإخبار عن شيء ماض أو
فيل له ألك إمرأه ؟ فقال قد طلقته ثم قال إنما أردت أنى طلقته في نكاح آخر دين
فيما بينه وبين الله تعالى ، فأما في الحكم فإن لم يكن ذلك وجد منه لم يقبل لأنه لا يحتمل
ما قاله وإن كان وجد فعلى وجهين .

(فصل) فإن قال حلفت بالطلاق أم قال على يمين الطلاق ولم يكن حلف لم يلزمه
شيء فيما بينه وبين الله تعالى ولزمه ما أقر به في الحكم ، ذكره القاضي وأبو الخطاب
وقال أحمد في رواية محمد بن الحكم في الرجل يقول : حلفت بالطلاق ولم يكن حلف
هي كذبة ليس عليه يمين ، وذلك لأن قوله حلفت ليس بحلف ، وإنما هو خبر عن
الحلف ، فإذا كان كاذباً فيه لم يضر حالاً كما لو قال : حلفت بالله وكان كاذباً . واختار
أبو بكر أنه يلزمه ما أقر به . وحكى في زاد المسافر عن الميموني عن أحمد أنه قال :
إذا قال حلفت بالطلاق ، ولم يكن حلف يلزمه الطلاق ويرجع إلى نيته في الطلاق
الثلاث أو الواحد . وقال القاضي : معنى قول أحمد يلزمه الطلاق ، أى في الحكم ،
ويحتمل أنه أراد يلزمه الطلاق إذا نوى به الطلاق فجعله كناية عنه ، ولذلك قال :
يرجع إلى نيته . أما الذى قصد الكذب فلا نية له في الطلاق فلا يقع به شيء ، لأنه
ليس بصريح في الطلاق ولا نوى به الطلاق فلم يقع به طلاق كسائر الكنايات وذكر
القاضي في كتاب الأيمان فيمن قال حلفت بالطلاق ولم يكن حلف ، فهل يقع به الطلاق ؟
على روايتين .

د مسألة ، قال (وإذا وهب زوجته لأهلها فإن قبلوها فواحدة يملك الرجعة إن
كانت مدخولا بها وإن لم يقبلوها فلا شيء) .

هذا المنصوص عن أحمد في هذه المسألة ، وبه قال ابن مسعود وعطاء ومسروق
والزهري ومكحول ومالك وإسحاق . وروى عن علي رضي الله عنه والنخعي إن
قبلوها فواحدة بائنة ، وإن لم يقبلوها فواحدة رجعية ، وعن زيد بن ثابت والحسن
إن قبلوها فثلاث ، وإن لم يقبلوها فواحدة رجعية . وروى عن أحمد مثل ذلك .
وقال ربيعة ويحيى بن سعيد وأبو الزناد ومالك : هي ثلاث على كل حال قبلوها أو
ردوها ، وقال أبو حنيفة فيها كقوله في الكناية الظاهرة قبلوها أو ردوها ، وكذلك
قال الشافعي واختلفا ههنا بناء على اختلافهما .

ولنا : على أنها لا تطلق إذا لم يقبلوها أنه تمليك للبضع فافتقر إلى القبول كقوله
إختارى وأمرك بيدك وكالنسكاح وعلى أنها لا تكون ثلاثاً أنه لفظ محتمل فلا يحمل
على الثلاث عند الإطلاق كقوله إختارى وعلى أنها رجعية أنها طلقة لمن عليها عدة
بغير عوض قبل استيفاء العدد فكانت رجعية كقوله أنت طالق وقوله إنها واحدة
محمول على ما إذا أطلق النية أو نوى واحدة فأما إن نوى ثلاثاً أو اثنتين فهو على
ما نوى ، لأنها كناية غير ظاهرة فيرجع إلى نيته في عدد كسائر الكنايات ، ولا بد
من أن ينوى بذلك الطلاق أو تكون ثم دلالة حال لأنها كناية والكنايات لا بد
فيها من النية كذلك ، وقال القاضي : وينبغي أن تعتبر النية من الذي يقبل أيضاً كما
تعتبر في اختيار الزوجة إذا قال لها إختارى أو أمرك بيدك . إذا ثبت هذا فإن صيغة
القبول أن يقول أهلها قبلناها . نص عليه أحمد والحكم في هبتها لنفسها أو لأجنبي
كالحكم في هبتها لأهلها .

(فصل) فإن باع إمرأته لغيره لم يقع به طلاق وإن نوى ، وبهذا قال الثوري
ولسحاق ، وقال مالك : تطلق واحدة وهي أملك بنفسها لأنه أتى بما يقتضى خروجها
عن ملكه أشبه ما لو وهبها .

ولنا : أن البيع لا يتضمن معنى الطلاق لأنه نقل ملك بعوض ، والطلاق مجرد
إسقاط لا يقتضى العوض فلم يقع به طلاق كقوله أطعمني وأسقيني .
مسألة ، قال (وإذا قال لها أمرك بيدك فهو بيدها وإن تطاول ما لم يفسخ
أو يطأها) .

وجملة ذلك أن الزوج مخير بين أن يطلق بنفسه وبين أن يوكل فيه وبين أن يفوضه
إلى المرأة ويجعله إلى اختيارها بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم خير نساءه فاخترته
ومتى جعل أمر إمرأته بيدها فهو بيدها أبداً لا يتقيد ذلك بالمجلس روى ذلك عن
علي رضي الله عنه ، وبه قال الحكم وأبو ثور وابن المنذر . وقال مالك والشافعي
وأصحاب الرأي هو مقصور على المجلس ولا طلاق لها بعد مفارقتها لأنه تخيير لها
فكان مقصوراً على المجلس كقوله إختارى .

ولنا قول علي رضي الله عنه في رجل جعل أمر إمرأته بيدها قال : هو لها حتى

تسكل ، ولا نعرف له في الصحابة مخالفاً فيكون إجماعاً . ولأنه نوع توكيل في الطلاق فكان على التراخي كما لو جعله لأجنبي وفارق قوله اختارى فإنه تخيير ، فإن رجع الزوج فيما جعل إليها أو قال فسخت ما جعلت إليك بطل وبذلك قال عطاء ومجاهد والشعبي والنخعي والأوزاعي وإسحاق ، وقال الزهري والثوري ومالك وأصحاب الرأي ليس له الرجوع لأنه ملكها ذلك فلم يملك الرجوع كما لو طلقت .

ولنا أنه توكيل فكان له الرجوع فيه كالتوكيل في البيع وكما لو خاطب بذلك أجنبياً ، وقولهم تملك لا يصح ، فإن الطلاق لا يصح تملكه ولا ينتقل عن الزوج وإنما ينوب فيه غيره عنه ، فإذا استناب غيره فيه كان توكيلاً لا غير ، ثم وإن سلم أنه تملك فالتملك يصح الرجوع فيه قبل اتصال القبول به كالبيع ، وإن وطئها الزوج كان رجوعاً لأنه نوع توكيل والتصرف فيما وكل فيه يبطل الوكالة وإن ردت المرأة ما جعل إليها بطل كما تبطل الوكالة بفسخ الوكيل .

(فصل) ولا يقع الطلاق بمجرد هذا القول ما لم ينو به إيقاع طلاقها في الحال أو تطلق نفسها ، ومتى ردت الأمر الذي جعل لها بطل ولم يقع شيء في قول أكثر أهل العلم منهم ابن عمر وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومسروق وعطاء ومجاهد والزهري والثوري والأوزاعي والشافعي ، وقال قتادة إن ردت فواحدة رجعية .

ولنا أنه توكيل رده الوكيل أو تملك لم يقبله المملك فلم يقع به شيء كسائر التوكيل والتملك فأما إن نوى بهذا تطبيقها في الحال طلقت في الحال ولم يحتج إلى قبولها كما لو قال حبلك على غاربك .

« مسألة ، قال (فإن قالت اخترت نفسي فواحدة تملك الرجعة) .

وجملة الأمر أن المملكة والخيرة إذا قالت اخترت نفسي فهي واحدة رجعية وروى ذلك عن عمر وابن مسعود وابن عباس وبه قال عمر بن عبد العزيز والثوري وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ، وروى عن أنها واحدة بائنة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه لأن تملكها أمرها يقتضي زوال سلطانه عنها

وإذا قبلت ذلك بالاختيار وجب أن يزول عنها ولا يحصل ذلك مع بقاء الرجعة وعن زيد بن ثابت أنها ثلاث ، وبه قال الحسن ومالك والليث إلا أن مالكا قال إذا لم تكن مدخولا بها قبل منه إذا أراد واحدة أو اثنتين ، وحجتهم أن ذلك يقتضى زوال سلطانه عنها ولا يكون ذلك إلا بثلاث ، وفي قول مالك أن غير المدخول بها يزول سلطانه عنها بواحدة فاكتمى بها .

ولنا : أنها لم تطلق بلفظ الثلاث ولا نوت ذلك فلم تطلق ثلاثا كما لو أتى الزوج بالكناية الخفية .

(فصل) وهذا إذا لم تنو أكثر من واحدة فإن نوت أكثر من واحدة وقع ما نوت لأنها تملك الثلاث بالتصريح فتملكها بالكناية كالزوج ، وهكذا إن أتت بشيء من الكنايات فحكمها فيها حكم الزوج إن كانت عما يقع بها الثلاث من الزوج وقع بها الثلاث إذا أتت بها ، وإن كانت من الكنايات الخفية نحو قولها لا يدخل علي ونحوها وقع ما نوت .

قال أحمد : إذا قال لها أمرك بيدك فقالت لا يدخل علي إلا بإذن تنوى في ذلك إن قالت : واحدة فواحدة وإن قالت : أردت أن أغيبه قبل منها يعني لا يقع شيء وكذلك لو جعل أمرها في يد أجنبي فأتى بهذه الكنايات لا يقع شيء حتى ينوى الوكيل الطلاق ثم إن طلق بلفظ صريح ثلاثا أو بكناية ظاهرة طلقت ثلاثا وإن كان بكناية خفية وقع ما نواه .

(فصل) وقوله أمرك بيدك وقوله اختارى نفسك كناية في حق الزوج يفترق إلى نية أو دلالة حال كما في سائر الكنايات فإن عدم ما يقع به طلاق لأنه ليس بصريح ، وإنما هو كناية فيفتقر إلى ما يفترق إليه سائر الكنايات : وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك : لا يفترق إلى نية لأنه من الكنايات الظاهرة وقد سبق الكلام معه فيها وهو أيضاً كناية في حق المرأة إن قبلته بلفظ الكناية وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يفترق وقوع الطلاق إلى نيتها إذا نوى الزوج . لأن الزوج علق الطلاق بفعل من جهتها فلم يفترق إلى نيتها كما لو قال إن تكلمت فأنت طالق فتكلمت وقال لا يقع إلا واحدة بائن وإن نوت ثلاثا لأن ذلك تخيير والتخير لا يدخله عدد كخيار المعقبة .

ولما أنها موقعة للطلاق بلفظ الكناية فافتقر إلى نيتها كالزوج وعلى أنه يقع الثلاث إذا نوت أن اللفظ يحتمل الثلاث لأنها تختار نفسها بالواحدة وبالثلاث فإذا نويه وقع كقوله أنت بائن .

« مسألة ، قال (وإن طلقت نفسها ثلاثا وقال لم أجعل إليها إلا واحدة لم يلتفت إلى قوله والقضاء ما قضت) .

ومن قال القضاء ما قضت عثمان وابن عمر وابن عباس وروى ذلك عن علي وفضالة بن عبيد وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهرى وعن عمر وابن مسعود أنها تطليقة واحدة وبه قال عطاء ومجاهد والقاسم وربيعه ومالك والأوزاعى والشافعى . وقال الشافعى : إن نوى ثلاثا فلها أن تطلق ثلاثا وإن نوى غير ذلك لم تطلق ثلاثا والقول قوله في نيته .

قال القاضى : ونقل عبد الله عن أحمد ما يدل على أنه إذا نوى واحدة فهي واحدة لأنه نوع تخيير فيرجع إلى نيته فيه كقوله اختارى .

ولما أنه لفظ يقتضى العموم في جميع أمرها لأنه اسم جنس مضاف فيتناول الطائعات الثلاث كما لو قال طلق نفسك ما شئت ولا يقبل قوله أردت واحدة لأنه خلاف ما يقتضيه اللفظ ولا يدين في هذا لأنه من الكنايات الظاهرة ، والكنايات الظاهرة تقتضى ثلاثا .

« مسألة ، قال (وكذلك الحكم إذا جعله في يد غيرها) .

وجملة ذلك : أنه إذا جعل أمر امرأته بيد غيرها صح وحكمه حكم ماله جعله بيدها في أنه بيده في المجلس وبعده ووافق الشافعى على هذا في حق غيرها لأنه توكيل وسواء قال له أمر امرأتى بيدك أو قال جعلت لك الخيار في طلاق امرأتى أو قال طلق امرأتى ، وقال أصحاب أبى حنيفة ذلك مقصور على المجلس لأنه نوع تخيير أشبه ماله قال اختارى .

ولما : أنه توكيل مطلق فمكان على التراخى كالتوكيل في البيع ، وإذا ثبت هذا فإن له أن يطلقها مالم يفسخ أو يطؤها وله أن يطلق واحدة وثلاثا كالمرأة ، وليس له أن يجعل الأمر إلا بيد من يجوز توكيله وهو العاقل فأما الطفل والمجنون

فلا يصح أن يجعل الأمر بأيديهم فإن فعل فطلق واحد منهم لم يقع طلاقه ، وقال أصحاب الرأي يصح .

ولنا : أنهما ليسا من أهل التصرف فلم يصح تصرفهم كما لو وكلهم في العتق ، وإن جعله في يد كافر أو عبد صح لأنه ممن يصح طلاقه لنفسه فصح توكيلهما فيه ، وإن جعله في يد امرأة صح لأنه يصح توكيلها في العتق فصح في الطلاق كالرجل ، وإن جعله في يد صبي يعقل الطلاق انبنى ذلك على صحة طلاقه لزوجته وقد مضى ذلك ، وقد نص أحمد ههنا على اعتبار وكالته بطلاقه فقال : إذا قال لصبي طلق امرأتى ثلاثاً فطلقها ثلاثاً لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق ، أرأيت لو كان لهذا الصبي امرأة فطلقها أكان يجوز طلاقه ؟ فاعتبر طلاقه بالوكالة بطلاقه لنفسه ، وهكذا لو جعل أمر الصغيرة والمجنونة بيدها لم تملك ذلك ، نص عليه أحمد في امرأة صغيرة قال لها : أمرك بيدك فقالت اخترت نفسي ، ليس بشيء حتى يكون مثلها يعقل وهذا لأنه تصرف بحكم التوكيل وليست من أهل التصرف وظاهر كلام أحمد أنها إذا عقلت الطلاق وقع طلاقها وإن لم تبلغ كما قررناه في الصبي إذا طلق وفي الصبي رواية أخرى لا يقع طلاقه حتى يبلغ فكذلك يخرج في هذه لأهمامه في المعنى والله أعلم .

(فصل) فإن جعله في يد اثنين أو وكل اثنين في طلاق زوجته صح وليس لأحدهما أن يطلق على الإفراد إلا أن يجعل إليه ذلك لأنه إنما رضى بتصرفهما جميعاً ، وبهذا قال الحسن ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر ، وإن طلق أحدهما واحدة والآخر ثلاثاً وقعت واحدة ، وبهذا قال إسحاق ، وقال الثوري لا يقع شيء .

ولنا : أنهما طلقا جميعاً واحدة مأذونا فيها فصح كما لو جعل لإيهما واحدة .

(فصل) ويصح تعليق أمرك بيدك واختارى نفسك بالشروط ، وكذلك إن جعل ذلك إلى أجنبي صح مطلقاً ومقيداً ومعلقاً نحو أن يقول اختارى نفسك وأمرك بيدك شهراً أو إذا قدم فلان فأمرك بيدك أو اختارى نفسك يوماً أو يقول ذلك لأجنبي ، قال أحمد إذا قال إذا كان سنة أو أجل مسمى فأمرك بيدك فإذا دخل ذلك فأمرها بيدها وليس لها قبل ذلك أمر ، وقال أيضاً إذا تزوج امرأة

وقال لأبيها إن جاءك خبري إلى ثلاث سنين وإلا فأمر ابنتك إليك ، فلما مضت السنين لم يأت خبره فطلقها الأب فإن كان الزوج لم يرجع فيها جعل إلى الأب فطلاقه جائز ورجوعه أن يشهد أنه قد رجع فيها جعل إليه ، ووجه هذا أنه فوض أمر الطلاق إلى من يملكه فصح تعليقه على شرط كالتوكيل الصريح فإذا صح هذا فإن الطلاق إلى من فوض إليه على حسب ما جعله إليه في الوقت الذي عينه له لا قبله ولا بعده وللزوج الرجوع في هذا لأنه عقد جائز ، قال أحمد ولا تقبل دعواه للرجوع إلا بينة لأنه مما يمكن إقامة البينة عليه ، فإن طلق الوكيل والزوج غائب كره للمرأة الزوج لأنه يحتمل أن الزوج رجع في الوكالة وقد نص أحمد على منعها من الزوج لهذه العلة ، وحمله القاضي على الاستحباب والإحتياط فإن غاب الوكيل كره للزوج الوطء مخافة أن يكون الوكيل طلق ومنع منه أحمد أيضاً لهذه العلة ، وحمله القاضي أيضاً على الاستحباب لأن الأصل بقاء النكاح فحمل الأمر فيه على اليقين ، وقول أحمد رجوعه أن يشهد على أنه قد رجع فيها جعل إليه معناه أنه لا يقبل قوله إنه قد رجع إليه إلا بينة ولو صدقته المرأة في أنه قد رجع قبل وإن لم تكن له بينة .

« مسألة ، قال (ولو خيرها فاختارت فرقة من وقتها وإلا فلا خيار لها)

أكثر أهل العلم على أن التخيير على الفور إن اختارت في وقتها وإلا فلا خيار لها بعده . وروى ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم ، وبه قال عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والنخعي ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال الزهري وقتادة وأبو عبيد وابن المنذر ومالك في إحدى الروايتين هو على التراخي ولها الاختيار في المجلس وبعده مالم يفسخ أو يطأ ، واحتج ابن المنذر بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعائشة لما خيرها « إني ذاكر لك أمراً فلا عليك أن لا تعجلي حتى تستأمرى أبويك ، وهذا يمنع قصره على المجلس ، ولأنه جعل أمرها إليها فأشبهه أمرك بيدك .

ولنا : أنه قول من سمينا من الصحابة . روى النجاد بإسناده عن سعيد بن المسيب أنه قال : قضى عمر وعثمان في الرجل يخير امرأته أن لها الخيار مالم يتفرقا .

وعن عبد الله بن عمر قال ما دامت في مجلسها ، ونحوه عن ابن مسعود وجابر ولم
نعرف لهم مخالفا في الصحابة فكان إجماعا ، ولأنه خيار تملك فكان على الفور
كخيار القبول ، فأما الخبر فإن النبي صلى الله عليه وسلم جعل لها الخيار على التراخي
وخلافنا في المطلق ، وأما أمرك بيدك فهو توكيل والتوكيل يعم الزمان ما لم يقيد به
بمخلاف مسألتنا .

(فصل) وقوله (في وقتها) أى عقيب كلامه ما لم يخرجها من الكلام الذى
كانا فيه إلى غير ذكر الطلاق فإن تفرقا عن ذلك الكلام إلى كلام غيره بطل
خيارها ، قال أحمد إذا قال لامرأته اختارى فلها الخيار ما داموا في ذلك الكلام
فإن طال المجلس وأخذوا في كلام غير ذلك ولم تختار فلا خيار لها ، وهذا مذهب
أبي حنيفة ونحوه مذهب الشافعى على اختلاف عنه فقيل عنه إنه يتقيد بالمجلس
وقيل هو على الفور ، وقال أحمد أيضا الخيار على مخاطبة الكلام أن تجاوبه
وتجاوبها إنما هو جواب كلام إن أجابته من ساعته وإلا فلا شيء ، ووجهه أنه
تمليك مطلق تأخر قبوله عن أول حال الإمكان فلم يصح كما لو قامت من مجلسها
فإن قام أحدهما عن المجلس قبل اختيارها بطل خيارها ، وقال أبو حنيفة : يبطل
بقيامها دون قيامه بناء على أصله في أن الزوج لا يملك الرجوع ، وعندنا أنه يملك
الرجوع فبطل بقيامه كما يبطل بقيامها ، وإن كان أحدهما قائما أو مشى بطل
الخيار وإن قدم يبطل ، والفرق بين انقيام والنعود أن القيام يبطل المكر
والارتقاء في الخيار فيكون إعراضا ، والنعود بخلافه ولو كانت قاعدة فانكأت
أو متكأة ففقدت لم يبطل لأن ذلك لا يبطل المكر ، وإن تشاغل أحدهما بالصلاة
بطل الخيار وإن كانت في صلاة فانتهى لم يبطل خيارها وإن أضافت إليها
ركعتين أخريين بطل خيارها ، وإن أكلت شيئا يسيرا أو قالت بسم الله أو سبحت
شيئا يسيرا لم يبطل لأن ذلك ليس بإعراض ، وإن قالت ادع إلى شهوداً أشهدهم
على ذلك لم يبطل خيارها ، وإن كانت راكبة فسارت بطل خيارها وهذا كله قول
أصحاب الراى .

(فصل) فإن جعل لها الخيار متى شاءت أو في مدة فلها ذلك في تلك المدة
وإذا قال اختارى إذا شئت أو متى شئت أو متى ما شئت فلها ذلك لأن هذه تفيد

جعل الخيار لها في عموم الأوقات وإن قال اختارى اليوم وغدا وبعد غد فلها ذلك فإن ردت الخيار في الأول بطل كله وكذلك إن قال لا تعجلي حتى تستأمرى أبويك ونحوه فلها الخيار على التراخي فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال ذلك لعائشة فدل على أن خيارها لا يبطل بالتأخير ، وإن قال اختارى نفسك اليوم واختارى نفسك غدا فردته في اليوم الأول لم يبطل في الثاني ، وقال أبو حنيفة لا يبطل في المسألة الأولى أيضاً لانهما خياران في زمنين فلم يبطل أحدهما برد الآخر قياساً على المسألة الثانية .

ولنا : أنه خيار واحد في مدة واحدة فإذا بطل أوله بطل ما بعده كما لو كان الخيار في يوم واحد وكخيار الشرط وخيار المعلقة ولا نسلم أنهما خياران وإنما هو خيار واحد في يومين ، وطرق ما إذا قال اختارى نفسك اليوم واختارى نفسك غداً فانهما خياران لأن كل واحد ثبت بسبب مفرد ، ولو خيرها شهراً فاختارت نفسها ثم تزوجها لم يكن لها عليه خيار وعند أبي حنيفة لها الخيار .

ولنا : أنها استوفت ما جعل لها في هذا العقد فلم يكن لها في عقد ثان كما لو اشترط الخيار في ساعة مدة ثم فسخ ثم اشتراها بعقد آخر في تلك المدة ، ولو لم تختار نفسها أو اختارت زوجها وطلقها الزوج ثم تزوجها بطل خيارها لأن الخيار المشروط في عقد لا يثبت في عقد سواه كما في البيع والحكم في قوله أمرك بيدك في هذا كله كالحكم في التخيير لأنه نوع تخيير ولو قال لها اختارى أو أمرك بيدك اليوم وبعد الغد فردت في اليوم الأول لم يبطل بعد في غد لانهما خياران ينفصل أحدهما من صاحبه فلم يبطل أحدهما بطلان الآخر بخلاف ما إذا كان الزمان متصلاً واللفظ واحداً فانه خيار واحد فبطل كله بطلان بعضه وإن قال لك الخيار يوماً أو أمرك بيدك يوماً فابتدأه من حين نطق به إلى مثله من الغد لأنه لا يمكن استكمال يوم بتمامه إلا بذلك وإن قال شهراً فمن ساعة نطق إلى استكمال ثلاثين يوماً إلى مثل تلك الساعة وإن قال الشهر أو اليوم أو السنة فهو على ما بقي من اليوم والشهر والسنة .

« مسألة ، قال (وليس لها أن تختار أكثر من واحدة إلا أن يجعل إليها أكثر من ذلك .

وجملة الأمر : أن لفظة التخيير لا تقتضي بمطلقها أكثر من تطليقة رجعية .
قال أحمد : هذا قول ابن عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت وعمر وعائشة رضي الله عنهم وروى ذلك عن جابر وعبد الله بن عمرو وقال أبو حنيفة هي واحدة بأن وهو قول ابن شبرمة لأن اختيارها نفسها يقتضي زوال سلطانه عنها ولا يكون إلا بالبينونة وقال مالك هي ثلاث في المدخول بها لأن المدخول بها لا تبين بأقل من ثلاث إلا أن تكون بعوض .

ولنا : إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن من سمينا منهم قالوا إن اختارت نفسها فهي واحدة وهو أحق بها رواه النجاد عنهم بأسانيده ولأن قوله اختارى تفويض مطلق فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم وذلك طلبة واحدة ، ولا يجوز أن تكون بائناً لأنها طلبة بغير عوض لم يكمل بها العدد بعد الدخول فأشبه ما لو طلقتها واحدة ويخالف قوله أمرك بيدك فإنه للعموم فإنه اسم جنس فيتناول جميع أمرها لكن إن جعل إليها أكثر من ذلك فلها ما جعل إليها سواء جعله بلفظه مثل أن يقول اختارى ما شئت أو اختارى الطلقات الثلاث إن شئت فلها أن تختار ذلك فإن قال اختارى من الثلاث ما شئت فلها أن تختار واحدة أو اثنتين وليس لها اختيار الثلاث بكاملها لأن من للتبعض فقد جعل لها اختيار بعض الثلاث فلا يكون لها اختيار الجميع أو جعله نيته وهو أن ينوي بقوله اختارى عدداً فإنه يرجع إلى ما نواه لأن قوله اختارى كناية خفية فيرجع في قدر ما يقع بها إلى نيته كسائر الكنايات الخفية فإن نوى ثلاثاً أو اثنتين أو واحدة فهو على ما نوى ، وإن أطلق النية فهي واحدة وإن نوى ثلاثاً فطلقت أقل منها وقع ما طلقت لانه يعتبر قولها جميعاً فيقع ما اجتمعاً عليه كالوكيلين إذا طلق واحد منهما واحدة والآخر ثلاثاً .

(فصل) وإن خيرها فاختارت زوجها أو ردت الخيار أو الأمر لم يقع شيء نص عليه أحمد في رواية الجماعة وروى ذلك عن عمر وعلى وزيد وابن مسعود وابن عباس وعمر بن عبد العزيز وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري والشافعي وابن المنذر

وعن الحسن تكون واحده رجعية وروى ذلك عن علي ورواه إسحاق ابن منصور عن أحمد قال فإن اختارت زوجها فواحده يملك الرجعة وإن اختارت نفسها فثلاث قال أبو بكر انفرد بهذا إسحاق بن منصور والعمل على ما رواه الجماعة . ووجه هذه الرواية أن التخيير كناية نوى بها الطلاق فوقع بها بمجرد ما كسائر كنيائاته وكقوله أنكحني من شئت .

ولنا : قول عائشة قد خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان طلاقا وقالت لما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بتخيير أزواجه بدأ بي فقال : إني لمخبرك خبراً فلا عليك أن لا تعجلي حتى تستأمرى أبويك - ثم قال - ان الله تعالى قال (يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها - حتى بلغ - ان الله أعد للمحسنات منكم أجراً عظيماً) فقالت في أى هذا استأمر أبوي ؟ فإنى أريد الله ورسوله والدار الآخرة قالت ثم فعل أزواج النبي صلى الله عليه وسلم مثل ما فعلت ، متفق عليهما قال مسروق ما أبالي خيرت امرأتى واحدة أو مائة أو ألفاً بعد أن تختارنى ولأنها بخيرة اختارت النكاح فلم يقع بها الطلاق كالمعتقة تحت عبد ، فأما إن قالت اخترت نفسى فيفتقر إلى نيتها لأنه لفظ كناية منها فإن نوى أحدهما دون الآخر لم يقع لأن الزوج إذا لم ينو فوض إليها الطلاق فلا يصح أن يوقعه وإن نوى ولم تنو هى فقد فوض إليها الطلاق فما أوقعته فلم يقع شيء كما لو وكل وكبلاً في الطلاق فلم يطلق وإن نوى جميعاً وقع ما نواه من العدد إن إتفقاه ، وإن نوى أحدهما أقل من الآخر وقع الأقل لأن ما زاد انفرد به أحدهما فلم يقع .

(فصل) وإن قال أمرك بيدك أو اختارى فقالت قبلت لم يقع شيء لأن أمرك بيدك توكيل فقولها في جوابه : قبلت ينصرف الى قبول الوكالة فلم يقع شيء كما لو قال لأجنبي أمر امرأتى بيدك فقال قبلت وقوله اختارى في معناه ، وكذلك إن قالت أخذت أمرى نص عليها أحمد في رواية إبراهيم بن هانئ إذا قال لامرأته أسرك بيدك فقالت قبلت ليس بشيء حتى تبين ، وقال إذا قالت أخذت أمرى ليس بشيء قال وإذا قال لامرأته اختارى فقالت قبلت بنفسى أو قالت اخترت نفسى كان أبين . قال القاضى ولو قالت اخترت ولم تقل نفسى لم تطلق وإن نوت ولو قال الزوج اختارى ولم يقل نفسك ولم ينو لم تطلق ما لم تذكر نفسها ما لم يكن في كلام الزوج أو جوابها

ما يصرف الكلام إليه لأن ذلك في حكم التفسير فإذا عرى عن ذلك لم يصح ، وإن قالت اخترت زوجي أو اخترت البقاء على النكاح أو رددت الخيار أو رددت عليك سفهتك بطل الخيار ، وإن قالت اخترت أهلي أو أبوي ونوت وقع الطلاق لأن هذا يصلح كناية من الزوج فيما إذا قال الحق بأهلك فكذلك منها ، وإن قالت اخترت الأزواج فكذلك لأنهم لا يحلون إلا بفارقة هذا الزوج ولذلك كان كناية منه في قوله : انكحى من شئت .

(فصل) فإن كرر لفظة الخيار فقال اختارى اختارى فقال أحمد إن كان إنما يردد عليها ليفهمها وليس نيته ثلاثا فهي واحدة وإن كان أراد بذلك ثلاثا فهي ثلاث ، فرد الأمر إلى نيته في ذلك وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة إذا قبلت وقع ثلاثا لأنه كرر ما يقع به الطلاق فتكرر كما لو كرر الطلاق .

ولنا : أنه يحتمل التأكيد فإذا قصده قبل منه كما لو قال أنت طالق الطلاق وإن أطلق فقد روى عن أحمد ما يدل على أنها واحدة يملك الرجعة ، وهذا اختيار القاضي ومذهب عطاء وأبي ثور لأن تكرير التخيير لا يزيد به الخيار كشرط الخيار في البيع ، وروى عن أحمد إذا قال لامرأته اختارى فقالت اخترت نفسي هي واحدة إلا أن يقول اختارى اختارى وهذا يدل على أنها تطلق ثلاثا ونحوه قال الشعبي والنخعي وأصحاب الرأي ومالك لأن اللفظة الواحدة تقتضي طلبة فإذا تكررت اقتضت ثلاثا كلفظة الطلاق .

(فصل) فإن قال لزوجته طلق نفسك ونوى عددا فهو على ما نوى وإن أطلق من غير نية لم يملك إلا واحدة لأن الأمر المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الإسم وكذلك الحكم لو وكل أجنبيا فقال طلق زوجتي فالحكم على ما ذكرناه ، قال أحمد إذا قال لامرأته طلق نفسك ونوى ثلاثا فطلقت نفسها ثلاثا فهي ثلاث وإن كان نوى واحدة فهي واحدة وذلك لأن الطلاق يكون واحدة وثلاثا فأيهما نواه فقد نوى بلفظه ما احتمله وإن لم ينو تناول اليقين وهو الواحدة فإن طلقت نفسها أو طلقها الوكيل في المجلس أو بعده وقع الطلاق لأنه توكيل . وقال القاضي إذا قال لها طلق نفسك تقيد بالمجلس لأنه تفويض للطلاق إليها فتقيد بالمجلس كقوله اختارى .

ولنا : أنه توكيل في الطلاق فكان على التراخي كتوكيل الاجنبي وكقوله أمرك بيدك . وفارق اختارى فإنه تخير ، وما ذكره ينتقض بقوله أمرك بيدك ولها أن توقع الطلاق بلفظ الصريح وبالكناية مع النية وقال بعض أصحاب الشافعى ليس لها أن توقعه بالكناية لأنه فوضه إليها بلفظ الصريح فلا يصح أن توقع غير ما فوض إليها . ولنا : أنه فوض إليها الطلاق وقد أوقعته فوق كما لو أوقعته بلفظ الصريح وما ذكره غير صحيح فإن التوكيل في شيء لا يقتضى أن يكون إيقاعه بلفظ الامر من جهته كما لو قال لوكيله بع دارى جاز له بيعها بلفظ التمليك وإن قال لها طلقى ثلاثا فطلقت واحدة وقع نص عليه ، وقال مالك لا يقع شيء لأنها لم تمتثل أمره .

ولنا : أنها ملكت إيقاع ثلاث فملك إيقاع واحدة كالموكل ولأنه لو قال وهبتك هؤلاء العبيد الثلاثة فقال قبلت واحداً منهم صح كذا وهنا وإن قال طلقى واحدة فطلقت ثلاثا ، وقعت واحدة نص عليه أيضاً ، وبه قال مالك والشافعى وقال أبو حنيفة لا يقع شيء لأنها لم تأت بما يصلح قبولا فلم يصح كما لو قال بعتك نصف هذا العبد وقال قبلت البيع في جميعه .

ولنا : أنها وقعت طلاقاً ماذوناً فيه وغيره فوقع المأذون فيه دون غيره كما لو قال طلقى نفسك فطلقت نفسها وضرائرها فإن قال طلقى نفسك فقالت أنا طالق إن قدم زيد لم يصح لأن إذنه انصرف إلى المنجز فلم يتناول المعلق على شرط وحكم توكيل الاجنبي في الطلاق كحكمها فيما ذكرناه كله .

(فصل) نقل عنه أبو الحارث إذا قال طلقى نفسك طلاق السنة قالت قد طلقت نفسى ثلاثا هي واحدة وهو أحق برجعها إنما كان كذلك لأن التوكيل بلفظ يتناول أقل ما يقع عليه اللفظ وهو طلقة واحدة سيما وطلاق السنة في الصحيح طلقة واحدة في طهر لم يصحبها فيه .

(فصل) ويجوز أن يجعل أمر امرأته بيدها بعوض وحكمه حكم ما لا عوض له في أن له الرجوع فيما جعل لها وأنه يبطل بالوطء ، قال أحمد إذا قالت امرأته اجعل أمرى بيدى وأعطيك عبدى هذا قبض العبد وجعل أمرها بيدها فلها أن تختار ما لم يطأها أو ينتقضه وذلك لأنه توكيل والتوكيل لا يلزم بدخول العوض فيه وكذلك انتمليك بعرض لا يلزم ما لم يتصل به القبول كالبيع .

(فصل) إذا اختلفا فقال الزوج لم أنو الطلاق بلفظ الاختيار وأمرك بيدك وقالت بل نويت كان القول قوله لأنه أعلم بنية ولا سبيل إلى معرفته إلا من جهته ما لم يكن جواب سؤال أو معها دلالة حال ، وإن قال لم تنو الطلاق باختيار نفسك قالت بل نويت فالقول قولها لما ذكرنا ، وإن قالت قد اخترت نفسي وأنكر وجود الاختيار منها فالقول قوله لأنه منكر له وهو بما يمكنه عليه وتمكنها إقامة البينة عليه فأشبه ما لو علق طلاقها على دخول الدار فادعته فأنكره .

(فصل) إذا قال لزوجته أنت على حرام وأطلق فهوظهار وقال الشافعي لا شيء عليه وله قول آخر عليه كفارة يمين وليس يمين ، وقال أبو حنيفة هو يمين وقد روى ذلك عن أبي بكر وعمر بن الخطاب وابن مسعود رضي الله عنهم ، وقال سعيد حدثنا خالد بن عبد الله عن جوير عن الضحاك أن أبا بكر وعمر وابن مسعود قالوا في الحرام يمين وبه قال ابن عباس وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبيرة وعن أحمد ما يدل على ذلك لأن الله تعالى قال (لم تحرم ما أحل الله لك) ثم قال (قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) وقال ابن عباس (لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة) ولأنه تحريم للخلال أشبه تحريم الأمة .

ولنا : أنه تحريم للزوجة بغير طلاق فوجب به كفارة الظهار كما لو قال أنت على حرام كظهر أمي فأما إن نوى غير الظهار فالمنصوص عن أحمد في رواية جماعة أنه ظهار نوى الطلاق أو لم ينوه وذكره الخرق في موضع غير هذا وعن قال إنه ظهار : عثمان بن عفان وابن عباس وأبو قلابة وسعيد بن جبيرة وميمون بن مهران والبتى روى الأثرم بإسناده عن ابن عباس في الحرام أنه تحرير رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا ، ولأنه صريح في تحريمها فكان ظهاراً وإن نوى غيره كقوله أنت على كظهر أمي وعن أحمد أنه إذا نوى الطلاق كان طلاقاً قال إذا قال ما أحل الله على حرام يعني به الطلاق أخاف أن يكون ثلاثاً ولا أفتى به وهذا مثل قوله في الكنايات الظاهرة فكأنه جعله من كنايات الطلاق يقع به الطلاق إذا نواه ونقل عنه البغوي في رجل قال لامرأته أمرك بيدك فقالت أنا عليك حرام فقد حرمت عليه فجعله منها كناية في الطلاق فكذلك من الرجل ، واختاره ابن عقيل وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ، وروى ذلك عن

ابن مسعود ومن روى عنه أنه طلاق ثلاث على وزيد بن ثابت وأبو هريرة والحسن البصري وابن أبي ليلى وهو مذهب مالك في المدخول بها لأن الطلاق نوع تحریم فصيح أن يكتفى به عنه كقوله أنت بائن فأما إن لم ينو الطلاق فلا يكون طلاقاً بحال لأنه ليس بصريح في الطلاق ، فإذا لم ينو معه لم يقع به طلاق كسائر الكنايات ، وإن قلنا إنه كناية في الطلاق ونوى به فحكمه حكم الكنايات الظاهرة على ما مضى من الاختلاف فيها وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي ، كل على أصله ويمكن حمله على الكنايات الخفية إذا قلنا إن الرجعة محرمة لأن أقل ما تجرم به الزوجة طلقة رجعية لحمل على اليقين . وقد روى عن أحمد ما يدل عليه فإنه قال إذا قال أنت على حرام أعنى به طلاقاً فهي واحدة وروى هذا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه والزهري وقد روى عن مسروق وأبي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي ليس بشيء لأنه قول هو كاذب فيه وهذا يبطل بالظهار فإنه منكر من القول وزور وقد وجبت الكفارة ولأن هذا إيقاع للطلاق فأشبهه قوله أنت بائن أو أنت طالق وروى عن أحمد أنه إذا نوى اليمين كان يميناً فإنه قال في رواية منها أنه إذا قال أنت على حرام ونوى يميناً ثم تركها أربعة أشهر قال هو يمين وإنما الإيلاء أن يحلف بالله أن لا يقرب امرأته ، فظاهر هذا أنه إذا نوى اليمين كانت يميناً وهذا مذهب ابن مسعود وقول أبي حنيفة والشافعي ومن روى عنه عليه كفارة يمين أبو بكر الصديق وعمر وابن عباس وعائشة وسعيد ابن المسيب والحسن وعطاء وطاوس وسليمان بن يسار وقتادة والأوزاعي ، وفي المتفق عليه عن سعيد بن جبير أنه سمع ابن عباس يقول : إذا حرم الرجل عليه امرأته فهي يمين يكفرها وقال (لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة) ولأن الله تعالى قال (يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك ؛ تبغى مرضاة أزواجك والله غفور رحيم) قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) فجعل الحرام يميناً ومعنى قوله نوى يميناً والله أعلم أنه نوى بقوله أنت على حرام ترك وطئها واجتنابها وأقام ذلك مقام قوله والله لا وطئتكم .

(فصل) وإن قال أنت على حرام أعنى به الطلاق فهو طلاق رواه الجماعة عن أحمد وروى عنه أبو عبد الله النيسابوري أنه قال إذا قال أنت على حرام أريد

به الطلاق كنت أقول إنها طالق يكفر كفارة الظهار وهذا كأنه رجوع عن قوله إنه طلاق ، ووجهه أنه صريح في الظهار فلم يصير طلاقاً بقوله أريد به الطلاق كما لو قال أنت على كظهر أمي أعني به الطلاق قال القاضي ولكن جماعة أصحابنا على أنه طلاق وهي الرواية المشهورة التي رواها عنه الجماعة لأنه صرح بلفظ الطلاق فكان طلاقاً كما لو ضربها وقال هذا طلاقك وليس هذا صريحاً في الظهار إنما هو صريح في التحريم والتحريم يتنوع إلى تحريم بالظهار وإلى تحريم بالطلاق فإذا بين بلفظه إرادة تحريم الطلاق وجب صرفه إليه ، وفارق قوله أنت على كظهر أمي فإنه صريح في الظهار وهو تحريم لا يرتفع إلا بالكفارة فلم يمكن جعل ذلك طلاقاً بخلاف مسألتنا ثم إن قال أعني به الطلاق أونوى به ثلاثاً فهي ثلاث نص عليه أحمد لأنه أتى بالآلف واللام التي للاستغراق تفسيراً للتحريم فيدخل فيه الطلاق كله وإذا نوى الثلاث فقد نوى بلفظه ما يحتمله من الطلاق فوقع كما لو قال أنت بائن وعنه لا يكون ثلاثاً حتى ينويها سواء كانت فيه الآلف واللام أو لم تكن لأن الآلف واللام تكون لغير الاستغراق في أكثر أسماء الأجناس ، وإن قال أعني به طلاقاً فهو واحدة لأنه ذكره منكراً فيكون طلاقاً واحداً نص عليه أحمد وقال في رواية حنبل إذا قال أعني طلاقاً فهي واحدة أو اثنتان إذا لم تكن فيه ألف ولام .

(فصل) فإن قال أنت على كظهر أمي ونوى به الطلاق لم يكن طلاقاً لأنه صريح في الظهار فلم يصلح كناية في الطلاق كما لا يكون الطلاق كناية في الظهار ولأن الظهار تشبيه بمن هي محرمة على التأبيد والطلاق يفيد تحريماً غير مؤبد فلم تصلح الكناية بأحدهما عن الآخر ، ولو صرح به فقال أعني به الطلاق لم يصير طلاقاً لأنه لا يصلح الكناية به عنه .

(فصل) وإن قال أنت على كالميتة والدم ونوى به الطلاق كان طلاقاً لأنه يصلح أن يكون كناية فيه فإذا اقترنت به النية وقع به الطلاق ويقع به من عدد الطلاق ما نواه فإن لم ينو شيئاً وقعت واحدة لأنه من الكنايات الخفية وهذا حكمها ، وإن نوى به الظهار وهو أن يقصد تحريمها عليه مع بقاء نكاحها احتمل أن يكون ظهاراً كما قلنا في قوله أنت على حرام ، واحتمل أن لا يكون ظهاراً كما لو قال أنت على كظهر النهيمة أو كظهر أمي ، وإن نوى اليمين وهو أن يريد

بذلك ترك وطئها لا تحريمها ولا طلاقها فهو يمين ، وإن لم ينو شيئا لم يكن طلاقا لأنه ليس بصريح في الطلاق ولا نواه به وهل يكون ظهاراً أو يمينا ؟ على وجهين أحدهما : يكون ظهاراً لأن معناه أنت حرام على كالميتة والدم فان تشبيهها بهما . يقتضى التشبيه بهما في الأمر الذى اشتهد به وهو التحريم لقول الله تعالى فيها (حرمت عليكم الميتة والدم)

والثانى . يكون يمينا لأن الأصل برامة الذمة فإذا أتى بلفظ محتمل ثبت به أقل الحكمين لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا تثبته بالشك ولا نزول عن الأصل إلا بيقين ، وعند الشافعى هو كقوله أنت على حرام سواء .

« مسألة ، قال (وإذا طلقها بلسانه واستثنى شيئا بقلبه وقع الطلاق ولم ينفعه الاستثناء)

وجملة ذلك : أن ما يتصل باللفظ من قرينة أو استثناء على ثلاثة أضرب :

أحدها : مالا يصح نظقا ولا نيه وذلك نوعان . أحدهما : ما يرفع حكم اللفظ كله مثل أن يقول أنت طالق ثلاثا أو أنت طالق طلقة لا تلزمك أو لا تقع عليك فهذا لا يصح بلفظه ولا بنيته لأنه يرفع حكم اللفظ كله فيصير الجميع لغوا فلا يصح هذا في اللغة بالاتفاق وإذا كان كذلك سقط الاستثناء والصفة ووقع الطلاق .

الضرب الثانى ما يقبل لفظا ولا يقبل نية لا في الحكم ولا فيما بينه وبين الله تعالى وهو استثناء الأقل فهذا يصح لفظا لأنه من لسان العرب ولا يصح بالنية مثل أن يقول أنت طالق ثلاثا ويستثنى بقلبه إلا واحدة أو أكثر فهذا لا يصح لأن العدد نص فيما تناوله لا يحتمل غيره فلا يرتفع بالنية مائدت بنص اللفظ فإن اللفظ أقوى من النية ، ولو نوى بالثلاث اثنتين كان مستعملا للفظ في غير ما يصلح له فوقع مقتضى اللفظ ولغت نيته .

وحكى عن بعض الشافعية أنه يقبل فيما بينه وبين الله تعالى كما لو قال نسائي طوالت واستثنى بقلبه إلا فلانة : والفرق بينهما أن نسائي اسم عام يجوز التعبير به عن بعض ما وضع له وقد استعمل العموم بازاء الخصوص كثيرا فإذا أراد به البعض صح ، وقوله ثلاثا اسم عدد للثلاث لا يجوز التعبير به عن عدد غيرها ولا يحتمل سواها بوجه فإذا أراد بذلك اثنتين فقد أراد باللفظ ما لا يحتمله وإنما تعمل النية في صرف

اللفظ المحتمل إلى أحد احتمالاته ، فأما ما لا يحتمل فلا فإننا لو عملنا به فيما لا يحتمل كان عملاً بمجرد النية وبمجرد النية لا يعمل في نكاح ولا طلاق ولا بيع ، ولو قال نسائي الأربع طوالت أو قال لمن أربعتن طوالت واستثنى بعضهن بالنية لم يقبل على قياس ما ذكرناه ولا يدين فيه لأنه عني باللفظ ما لا يحتمل .

الضرب الثالث : ما يصح نطقاً وإذا نواه دين فيما بينه وبين الله تعالى وذلك مثل تخصيص اللفظ العام أو استعمال اللفظ في مجازه مثل قوله نسائي طوالت يريد بعضهن أو ينوي بقوله طالت أى من وثاق فهذا يقبل إذا كان لفظاً وجهاً واحداً لأنه وصل كلامه بما بين مراده ، وإن كان بنيته قبل فيما بينه وبين الله تعالى لأنه أراد تخصيص اللفظ العام واستعماله في الخصوص وهذا سائغ في اللغة شائع في الكلام فلا يمنع من استعماله والتكلم به ويكون اللفظ بنيته منصرفاً إلى ما أراده دون ما لم يرده ، وهل يقبل ذلك في الحكم ؟ يخرج على روايتين .

إحداهما : يقبل لأنه فسر كلامه بما يحتمله فصح كما لو قال : أنت طالت أنت طالت وأراد بالثانية إفهامها . الثانية : لا يقبل لأنه خلاف الظاهر وهو مذهب الشافعي ، ومن شرط هذا أن تكون النية مقارنه للفظ وهو أن يقول : نسائي طوالت يقصد بهذا اللفظ بعضهن ، فأما إن كانت النية متأخرة عن اللفظ فقال نسائي طوالت ثم بعد فراغه نوى بقلبه بعضهن لم تنفعه النية ووقع الطلاق بجميعهن وكذلك لو طلق نساءه ونوى بعد طلاقهن أى من وثاق لزمه الطلاق لأنه مقتضى اللفظ والنية الأخيرة نية مجردة لا لفظ معها فلا تعمل . ومن هذا الضرب تخصيص حال دون حال مثل أن يقول : أنت طالت ثم يصله بشرط أو صفة مثل قوله إن دخلت الدار أو بعد شهر أو قال إن دخلت الدار بعد شهر فهذا يصح إذا كان نطقاً بغير خلاف ، وإن نواه ولم يلفظ به دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ على روايتين قال في رواية إسحاق بن إبراهيم فيمن حلف لا يدخل الدار وقال نويت شهراً يقبل منه أو قال : إذا دخلت دار فلان فأنت طالق ونوى تلك الساعة وذلك اليوم قبلت نيته

والرواية الأخرى : لا تقبل فانه قال إذا قال لامرأته أنت طالق ونوى في نفسه إلى سنة تطلق ليس ينظر إلى نيته ، وقال إذا قال أنت طالق وقال نويت أن أدخل الدار لا يصدق ، ويمكن الجمع بين هاتين الروايتين بأن يحمل قوله في القبول على أنه يدين

قيماً بينه وبين الله تعالى وقوله في عدم القبول على الحكم فلا يكون بينهما اختلاف .
والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها أن إرادة الخاص بالعام شائع كثير ، وإرادة
الشرط من غير ذكره غير شائع فهو قريب من الاستثناء ، ويمكن أن يقال هذا كله من
جمله التخصيص .

(فصل) وإذا قالت له امرأة من نساء طلقني فقال نسائي طوالق ولا نية له
طلقن كلهن بغير خلاف لأن لفظه عام ، وإن قالت له طلق نساءك فقال نسائي
طوالق فكذلك ، وحكى عن مالك أن السائلة لا تطلق في هذه الصورة لأن الخطاب
العام يقصر على سببه الخاص وسببه سؤال طلاق من سواها .

ولنا : أن اللفظ عام فيها ولم يردبه غير مقتضاه فوجب العمل بعمومه كالصورة
الأولى ، والممل بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب لأن دليل الحكم هو اللفظ
فيجب اتباعه والعمل بمقتضاه في خصوصه وعمومه ولذلك لو كان أخص من السبب
لوجب قصره على خصوصه واتباع صفة اللفظ دون صفة السبب فإن أخرج السائلة
بنيته دين فيما بينه وبين الله تعالى في صورتين وقبل في الحكم في الصورة الثانية لأن
خصوص السبب دليل على نيته ولم يقبل في الصورة الأولى قاله ابن حامد لأن طلاقه
جواب لسؤالها الطلاق لنفسها فلا يصدق في صرفه عنها لأنه يخالف الظاهر من
وجهين ولأنها سبب الطلاق وسبب الحكم لا يجوز إخراجها من العموم بالتخصيص ،
وقال القاضي يحتمل أن لا تطلق لأن لفظه عام والعام يحتمل التخصيص

(فصل) فإن قال أنت طالق إن دخلت الدار . ثم قال إنما أردت الطلاق في الحال
لكن سبق لسائي إلى الشرط طلقت في الحال لأنه أقر على نفسه بما يوجب الطلاق
فلزمه كما لو قال قد طلقتها فإن قال بعد ذلك كذبت وإنما أردت طلاقها عند الشرط
دين في ذلك ولم يقبل في الحكم لأنه رجوع عما أقر به .

(فصل) وقول الخرقى : واستثنى شيئاً بقلبه يدل بمفهومه على أنه إذا استثنى
بلسانه صح ولم يقع ما استثناه وهو قول جماعة أهل العلم ، قال ابن المنذر أجمع كل
من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً
إلا واحدة أنها تطلق طلقتين منهم : الثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وحكى عن
أبي بكر أن الاستثناء لا يؤثر في عدم المطلقات ويجوز في المطلقات ، فلو قال أنت طالق
(م ٢٣ - المعنى - ٧)

ثلاثاً إلا واحدة وقع الثلاث ولو قال نسائي طوالق إلا فلانة لم تطلق لأن الطلاق لا يمكن رفعه بعد إيقاعه والاستثناء يرفعه لو صح ، وما ذكره من التعليل باطل بما سلبه من الاستثناء في المطلقات ، وليس الاستثناء رفعاً لما وقع إذ لو كان كذلك لما صح في المطلقات ولا الإعتق ولا في الإقرار ولا الأخبار، وإنما هو مبين أن المستثنى غير مراد بالكلام فهو يمنع أن يدخل فيه ما لولاه لدخل ، فقوله (فليث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً) عبارة عن تسعمائة وخمسين، وقوله (إنني براء بما تعبدون * إلا الذي فطرني) تبرؤ من غير الله ، فكذلك قوله : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة عبارة عن اثنتين لا غير وحرف الاستثناء المستولي عليه إلا ويشبه به أسماء وأفعال وحروف فالأسماء غير وسوى والأفعال ليس ولا يكون وعدا والحروف حاشا وخلا فأى كلمة استثنى بها صح الاستثناء .

(فصل) ولا يصح استثناء الأكثر نص عليه أحمد لمو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين وقع ثلاث ، والأكثر على أن ذلك جائز وقد ذكرناه في الإقرار وذكرنا أن أهل العربية إنما أجازوه في القليل من الكثير وحكي لنا ذلك عن جماعة من أئمة أهل اللغة فإذا قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وقع اثنتان وإن قال إلا اثنتين وقع ثلاث وإن قال طالقتين إلا طلقة ففيه وجهان . أحدهما : يقع طلقه . الثاني : طلقتان بناء على استثناء النصف هل يصح أولاً ؟ على وجهين . وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً وقع ثلاث بغير خلاف لأن الاستثناء لرفع بعض المستثنى منه فلا يصح أن يرفع جميعه . وإن قال أنت طالق خمساً إلا ثلاثاً وقع ثلاث لأن الاستثناء إن عاد إلى الخمس فقد استثنى الأكثر وإن عاد إلى الثلاث التي يملكها فقد رفع جميعها وكلاهما لا يصح وإن قال خمساً إلا طلقة ففيه وجهان . أحدهما : يقع ثلاث لأن الكلام مع الاستثناء كأنه نطق بما عدا المستثنى فكأنه قال أنت طالق أربعاً والثاني : يقع اثنتان ذكره القاضي لأن الاستثناء يرجع إلى ما ملكه من المطلقات وهي الثلاث وما زاد عليها يلغى وقد استثنى واحدة من الثلاث فيصح ويقع طلقتان .

وإن قال أنت طالق أربعاً إلا اثنتين فعلى الوجه الأول يصح الاستثناء ويقع اثنتان ، وعلى قول القاضي ينبغي أن لا يصح الاستثناء ويقع ثلاث لأن الاستثناء يرجع إلى الثلاث فيكون استثناء الأكثر .

(فصل) فإن قال أنت طالق اثنتين وواحدة إلا واحدة ففيه وجهان .

أحدهما : لا يصح الاستثناء لأن الاستثناء يرفع الجملة الأخيرة بسكاتها من غير زيادة عليها فيصير ذكرها واستثناؤها لغواً وكل استثناء أفضى تصحيحه إلى الغاية وإلغاء المستثنى منه بطل كاستثناء الجميع ولأن إلغاء وحده أولى من إلغائه مع الغاء غيره ولأن الاستثناء يعود إلى الجملة الأخيرة في أحد الوجهين فيكون استثناء الجميع والوجه الثاني : يصح الاستثناء ويقع طلقان لأن العطف بالواو يجعل الجملتين كالجملة الواحدة فيصير مستثنياً لواحدة من ثلاث ولذلك لو قال له على مائة وعشرون درهما إلا خمسين صح والأول أصح وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي .

وإن قال أنت طالق واحدة واثنتين إلا واحدة فعلى الوجه الثاني يصح الاستثناء وعلى الوجه الأول يخرج في صحته وجهان بناء على استثناء النصف وإن قال أنت طالق وطالق إلا طلاقة أو قال طالق طلقين ونصفاً إلا طلاقة فالحكم في ذلك كالحكم في المسألة الأولى سواء وإن كان العطف بغير واو كقوله أنت طالق فطالق فطالق أو طالق ثم طالق ثم طالق إلا طلاقة لم يصح الاستثناء لأن هذا حرف يقتضي الترتيب وكون الطلاقة الأخيرة مفردة عما قبلها فيعود الاستثناء إليها وحدها فلا يصح وإن قال أنت طالق اثنتين واثنتين إلا اثنتين لم يصح الاستثناء لأنه إن عاد إلى الجملة التي تليه فهو رفع لجميعها وإن عاد إلى الثلاث التي يملكها فهو رفع لأكثرها وكلاهما لا يصح ، ويحتمل أن يصح بناء على أن العطف بالواو يجعل الجملتين جملة واحدة وأن استثناء النصف يصح فكأنه قال : أربعاً إلا اثنتين وإن قال أنت طالق اثنتين واثنتين إلا واحدة احتتمل أن يصح . لأنه استثنى واحدة من ثلاث واحتتمل أن لا يصح لأنه إن عاد إلى الرابعة فقد بقي بعدها ثلاث وإن عاد إلى الواحدة الباقية من الاثنتين فهو استثناء الجميع .

(فصل) وإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا طلاقة وطلقة وطلقة ، ففيه وجهان .

أحدهما : يلغو الاستثناء ويقع ثلاث لأن العطف يوجب اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه فيصير مستثنياً لثلاث من ثلاث ، وهذا وجه لأصحاب الشافعي ، وقول أبي حنيفة ، والثاني : يصح الاستثناء في طلاقة لأن استثناء الأقل جائز ، وإنما لا يصح استثناء الثانية والثالثة فيلغو واحدة . وقال أبو يوسف ومحمد : يصح استثناء اثنتين . ويلغو

في الثالثة بناء على أصلهم في أن استثناء الأكثر جائز وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي . وإن قال : أنت طالق طلقتين إلا طلقة وطلقة ، ففيه الوجهان . وإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا طلقة ونصف احتمال وجهين أيضاً . أحدهما : يلغو الاستثناء لأن النصف يكمل فيكون مستثنياً للأكثر فيلغو ، والثاني : يصح في طلقة فتقع طلقتان لما ذكرنا في التي قبلها ، فإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وإلا واحدة كان عاطفاً الاستثناء على استثناء ، فيصح الأول ويلغو الثاني ، لأننا لو صححناه لكان مستثنياً للأكثر فيقع به طلقتان ويجيء على قول من أجاز استثناء الأكثر أن يصح فيهما فتقع طلقة واحدة ، وإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وإلا واحدة كان مستثنياً من الواحدة المستثناء واحدة فيحتمل أن يلغو الاستثناء الثاني ، ويصح الأول فيقع به طلقتان ، ويحتمل أن يقع به اثلاث لأن الاستثناء الثاني معناه إثبات طلقة في حقها لكون الاستثناء من التي إثباتاً ، فيقبل ذلك في إيقاع طلاقه ، وإن لم يقبل في نفيه كما لو قال : أنت طالق طلقتين ونصفاً وقع به ثلاث ، ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا نصف طلقة وقع به ثلاث فكمل النصف في الإثبات ولم يكمل في النفي .

(فصل) ويصح الاستثناء من الاستثناء . ولا يصح منه في الطلاق إلا مسألة واحدة على اختلاف فيها ، وهي قوله : أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة ، فإنه يصح إذا أجزنا استثناء النصف فيقع به طلقتان ، فإن قيل : فكيف أجزتم استثناء اثنتين من الثلاث وهي أكثرها ؟ قلنا : لأنه لم يسكت عليهما بل وصلهما بأن استثنى منها طلقة فصار عبارة عن واحدة : وإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين لم يصح ، لأن استثناء اثنتين من الثلاث لا يصح لأنهما أكثرها ، واستثناء الثلاث من الثلاث لا يصح لأنها جميعها ، وإن قال ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدة لم يصح ، ووقع ثلاث لأنه إذا استثنى واحدة من ثلاث بقي اثنتان لا يصح استثنائهما من الثلاث الأول ، فيقع الثلاث ، وذكر أبو الخطاب فيها وجهاً آخر ، أنه يصح لأن الاستثناء الأول يلغو لكونه استثناء الجميع فيرجع قوله ، إلا واحدة إلى الثلاث المثبتة فيقع منها طلقتان ، والأول أولى ، لأن الاستثناء من الإثبات نفي ومن

النفي إثبات ، فإذا استثنى من الثلاث المنفية طائفة كان مثبتاً لها ، فلا يجوز جعلها من الثلاث المثبتة لأنه يكون إثباتاً من إثبات ، ولا يصح الاستثناء في جميع ذلك إلا متصلاً بالكلام ، وقد ذكر في الإقرار والله أعلم .

« مسألة ، قال (وإذا قال لها أنت طالق في شهر كذا لم تطلق حتى تغيب شمس اليوم الذي يلي الشهر المشترك) .

وجملة ذلك : أنه إذا قال : أنت طالق في شهر عينه كـشهر رمضان وقع الطلاق في أول جزء من الليلة الأولى منه ، وذلك حين تغرب الشمس من آخر يوم من الشهر الذي قبله وهو شهر شعبان ، وبهذا قال أبو حنيفة وقال أبو ثور : يقع الطلاق في آخر رمضان ، لأن ذلك يحتمل وقوعه في أوله وآخره ، فلا يقع إلا بعد زوال الاحتمال .

ولنا : أنه جعل الشهر ظرفاً للطلاق ، فإذا وجد ما يكون ظرفاً له طلقت كما لو قال : إذا دخلت الدار فأنت طالق ، فإذا دخلت أول جزء منها طلقت . فأما إن قال : إن لم أقضك حقتك في شهر رمضان فأمرأتى طالق لم تطلق حتى يخرج رمضان قبل قضائه . لأنه إذا قضاها في آخره لم توجد الصفة وفي الموضعين لا يمنع من وطء زوجته قبل الحنث ، وقال مالك : يمنع ، وكذلك كل يمين على فعل يفعله يمنع من الوطء قبل فعله لأن الظاهر أنه على حنث لأن الحنث بترك الفعل وليس بفاعله .

وانا : أن طلاقه لم يقع فلا يمنع من الوطء لأجل اليمين ، كما لو حلف لا فعلت كذا ، ولو صح ما ذكره لوجب إيقاع الطلاق ،

(فصل) ومتى جعل زمناً ظرفاً للطلاق وقع الطلاق في أول جزء منه ، مثل أن يقول : أنت طالق اليوم أو غداً أو في سنة كذا أو في شهر المحرم لما ذكرنا . فإن قال في آخره أو أوسطه أو يوم كذا منه أو في النهار دون الليل قبل منه فيما بينه وبين الله تعالى ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين ، وإن قال : أنت طالق في أول رمضان أو غرة رمضان أو في رأس شهر رمضان أو دخول شهر رمضان أو استقبال رمضان أو مجيء شهر رمضان طلقت بأول جزء منه ، ولم يقبل قوله : أردت أوسطه أو آخره لا ظاهراً ولا باطناً لأنه لا يحتمله لفظه . وإن قال بانقضاء

رمضان أو انسلاخه أو نقاده أو مضيه طلقت في آخر جزء منه ، وإن قال : أنت طالق في أول نهار شهر رمضان أو في أول يوم منه طلقت بطلوع فجر أول يوم منه لأن ذلك أول النهار واليوم ، ولهذا لو نذر اعتكاف يوم أو صيام يوم لزمه من طلوع الفجر . وإن قال : أنت طالق إذا كان رمضان أو إلى رمضان أو إلى هلال رمضان أو في هلال رمضان طلقت ساعة يستهل إلا أن يكون نوى من الساعة إلى الهلال قتطاق في الحال ، وإن قال : أنت طالق في بحى ثلاثة أيام طلقت في أول اليوم الثالث .

(فصل) وإذا أوقع الطلاق في زمن أو علقه بصفة تعلق بها ولم يقع حتى تآنى الصفة والزمن وهذا قول ابن عباس وعطاء وجابر بن زيد والنخعي وأبي هاشم والثوري والشافعي وإسحاق وأبي عبيد وأصحاب الرأي ، وقال سعيد بن المسيب والحسن والزهرى وقتادة ويحيى الأنصارى وربيعه ومالك ، إذا علق الطلاق بصفة تآنى لا محالة ، كقوله : أنت طالق إذا طلعت الشمس أو دخل رمضان طلقت في الحال ، لأن النكاح لا يكون مؤقتاً بزمان ، ولذلك لا يجوز أن يتزوجها شهراً . ولنا : أن ابن عباس كان يقول في الرجل يقول لامرأته : أنت طالق إلى رأس السنة ، قال يظاً فيها بينه وبين رأس السنة ، ولأنه إزالة ملك يصح تعليقه بالصفات فتى علقه بصفة لم يقع قبلها كالعتيق فإنهم سلبوه ، وقد احنج أحمد بقول أبي ذر : « إن لى إبلا يرعاها عبد لى وهو عتيق لى الحول ، ولأنه تعليق للطلاق بصفة لم توجد فلم يقع ، كما لو قال : أنت طالق إذا قدم الحاج ، وليس هذا توقيتاً للنكاح وإنما هو توقيت للطلاق : وهذا لا يمنع كما أن النكاح لا يجوز أن يكون معلقاً بشرط والطلاق يجوز فيه التعليق .

(فصل) ولو قال : أنت طالق إلى شهر كذا أو سنة كذا فهو كما لو قال في شهر كذا أو سنة كذا ، ولا يقع الطلاق إلا في أول ذلك الوقت . وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يقع في الحال لأن قوله أنت طالق إيقاع في الحال ، وقوله إلى شهر كذا تأقيت له وغاية وهو لا يقبل التأقيت فبطل التأقيت ووقع الطلاق . ولنا : قول ابن عباس وقول أبي ذر ، ولأن هذا يحتمل أن يكون توقيتاً

لإيقاعه ، كقول الرجل : أنا خارج إلى سنة أى بعد سنة ، وإذا احتمل الأمرين لم يقع الطلاق بالشك ، وقد ترجح ما ذكرناه من وجهين . أحدهما : أنه جعل للطلاق غاية ولا غاية لآخره ، وإنما الغاية لأوله . والثاني : أن ما ذكرناه عمل باليقين وما ذكره أخذ بالشك . فإن قال : أردت أنها طالق في الحال إلى سنة كذا وقع في الحال لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ ولفظه يحتمله . وإن قال : أنت طالق من اليوم إلى سنة طلقت في الحال لأن من لا ابتداء الغاية فيقتضى أن طلاقها من اليوم . فإن قال : أردت أن عقد الصفة من اليوم ووقوعه بعد سنة لم يقع إلا بعدها وإن قال : أردت تكرير وقوع طلاقها من حين لفظت به إلى سنة طلقت من ساعتها ثلاثاً إذا كانت مدخولاً بها . قال أحمد : إذا قال لها أنت طالق من اليوم إلى سنة يريد التوكيد وكثرة الطلاق فتلك طالق من ساعتها .

(فصل) إذا قال أنت طالق في آخر أول الشهر طلقت في آخر أول يوم منه لأنه أوله ، وإن قال في أول آخره طلقت في أول آخر يوم منه لأنه آخره . وقال أبو بكر في الأولى : تطلق بغروب الشمس من اليوم الخامس عشر منه ، وفي الثانية تطلق بدخول أول الليلة السادس عشر منه لأن الشهر نصفان أول وآخر فأخر أوله يلي أول آخره ، وهذا قول أبي العباس بن سريج ، وقال أكثرهم كقولنا وهو أصح ، فإن ما عدا اليوم الأول لا يسمى أول الشهر ويصح نفيه عنه وكذلك لا يسمى أوسط الشهر آخره ولا يفهم ذلك من إطلاق لفظه فوجب أن لا يصرف كلام الحالف إليه ولا يحمل كلامه عليه .

(فصل) وإذا قال : إذا مضت سنة فأنت طالق أو أنت طالق إلى سنة ، فإن ابتداء السنة من حين حلف إلى تمام اثني عشر شهراً بالآهلة لقوله تعالى (يسألونك عن الآهلة قل هي مواقيت للناس والحج) فإن حلف في أول الشهر ، فإذا مضى اثنا عشر شهراً وقع طلاقه ، وإن حلف في أثناء شهر عدت ما بقي منه ثم حسبت بعد بالآهلة ، فإذا مضت أحد عشر شهراً نظرت ما بقي من الشهر الأول فكملمته ثلاثين يوماً ، لأن الشهر اسم لما بين هلالين . فإن تفرق كان ثلاثين يوماً وفيه وجه آخر : أنه تعتبر الشهور كلها بالعدد ، نص عليه أحمد فيمن نذر صيام شهرين متتابعين فاعترض الأيام : قال يصوم ستين يوماً وإن ابتداء من شهر ، فصام شهرين فمكنا

ثمانية وخمسين يوماً أجزاءه وذلك أنه لما صام نصف شهر وجب تكميله من الذي يليه فكان ابتداء الثاني من نصفه أيضاً فوجب أن يكمله بالعدد وهذا المعنى موجود في السنة ووجه الأول أنه أمكن استيفاء أحد عشر بالأهلة فوجب الاعتبار بها ، كما لو كانت يمينه في أول شهر ولا يلزم أن يتم الأول من الثاني بل يتمه من آخر الشهور ، وإن قال : أردت بقولي سنة إذا انسلخ ذو الحجة قبل لآته يقر على نفسه بما هو أغلظ ، وإن قال . إذا مضت السنة فأنت طالق طلقت بانسلاخ ذي الحجة . لآته لما عرفها بلام التعريف انصرفت إلى السنة المعروفة التي آخرها ذو الحجة ، فإن قال أردت بالسنة اثني عشر شهراً قبل لأن السنة اسم لها حقيقة .

(فصل) فإن قال أنت طالق في كل سنة طلقة فهذه صفة صحيحة لآته يملك إيقاعه في كل سنة فإذا جعل ذلك صفة جاز . ويكون ابتداء المدة عقيب يمينه لأن كل أجل ثبت بمطابق العقد ثبت عتيبه كقوله والله لا كلمتك سنة فيقع في الحال طلقة لآته جعل السنة ظرفاً للطلاق فتقع في أول جزء منها ، وتقع الثانية في أول الثانية والثالثة في أول الثالثة إن دخلتا عليها وهي في نكاحه لكونها لم تنقض عدتها أو ارتجاعها في عدة الطلقة الأولى وعدة الثانية أو جدد نكاحها بعد أن بامت ، فإن انقضت عدتها فبانت منه ودخلت السنة الثانية وهي بائن لم تطلق لكونها غير زوجة ، فإن تزوجها في أثنائها اقتضى قول أكثر أصحابنا وقوع الطلاق عقيب تزويجها لها لآته جزء من السنة الثانية التي جعلها ظرفاً للطلاق ومحل له وكان سبيله أن تقع في أولها فنفع منه كونها غير محل الطلاق لعدم نكاحه حينئذ فإذا عادت الزوجية وقع في أولها ، وقال القاضي تطلق بدخول السنة الثالثة ، وعلى قول التيمي ومن وافقه تنحل الصفة بوجودها في حال البينونة فلا تعود بحال ، وإن لم يتزوجها حتى دخلت السنة الثالثة ثم نكحها طلقت عقيب تزويجها ثم طلقت الثالثة بدخول السنة الرابعة ، وعلى قول القاضي لا تطلق إلا بدخول الرابعة ، ثم تطلق الثالثة بدخول الخامسة ، وعلى قول التيمي قد انحلت الصفة ، واختلف في مبدأ السنة الثانية فظاهر ما ذكره القاضي أن أولها بعد انقضاء اثني عشر شهراً من حين يمينه لآته جعل ابتداء المدة حين يمينه وكذلك قال أصحاب الشافعي ، وقال أبو الخطاب ابتداء السنة اثمانية أول المحرم . لأنها السنة المعروفة فإذا علق ما يتكرر على تكرار السنين انصرف إلى السنين المعروفة كقول الله تعالى

(أولا يرون أنهم يفتنون في كل عام) وإن قال أردت بالسنة اثني عشر شهراً قبل لأنها سنة حقيقة ، وإن قال نويت أن ابتداء السنين أول السنة الجديدة من المحرم دين قال القاضي ولا يقبل منه في الحكم لأنه خلاف الظاهر والأولى أن يخرج على روايتين . لأنه محتمل مخالف للظاهر .

(فصل) إذا قال أنت طالق إذا رأيت هلال رمضان طلقت برؤية الناس له في أول الشهر ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا تطلق إلا أن يراه لأنه عاق الطلاق برؤية نفسه فأشبه ما لو علقه على رؤية زيد .

ولنا : أن الرؤية للهلال في عرف الشرع العلم به في أول الشهر بدليل قوله عليه السلام : إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فافطروا ، والمراد به رؤية البعض وحصول العلم فانصرف لفظ الخالف إلى عرف الشرع . كما لو قال إذا صليت فأنت طالق فإنه ينصرف إلى الصلاة الشرعية لا إلى الدعاء . وفارق رؤية زيد فإنه لم يثبت له عرف شرعي يخالف الحقيقة وكذلك لو لم يره أحد لكن ثبت الشهر بتمام العدد طلقت لأنه قد علم طوعه بتمام العدد ، وإن قال أردت إذا رأيته بعيني قبل لأنها رؤية حقيقة . وتعلق الرؤية برؤية الهلال بعد الغروب فإن رأى قبل ذلك لم تطلق لأن هلال الشهر ما كان في أوله . ولأننا جعلنا رؤية الهلال عبارة عن دخول أول الشهر . ويحتمل أن تطلق برؤيته قبل الغروب لأنه يسمى رؤية والحكم متعلق به في الشرع ، فإن قال أردت إذا رأيته أنا بعيني فلم يره حتى أقمر لم تطلق لأنه ليس بهلال . واختلف فيما يصير به قرأ قليل بعد ثلاثة وقليل إذا استدار وقليل إذا بهر ضوءه .

(فصل) قال أحمد إذا قال لها أنت طالق ليلة القدر يعتزلها إذا دخل العشر وقبل العشر ، أهل المدينة يرونها في السبع عشرة إلا أن المثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم في العشر الأواخر إنما أمره باجتنابها في العشر لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالتماس ليلة القدر في العشر الأواخر . فيحتمل أن تكون أول ليلة منه ويمكن أن هذا منه على سبيل الاحتياط ولا يتحقق حشده إلى آخر ليلة من الشهر لاحتمال أن تكون هي تلك الليلة .

(فصل) وإذا علق طلائعها على شرط مستقبل . ثم قال عجلت لك تلك

الطَّلَاق لم تتعجل لأنها معاقبة بزمان مستقبل . فلم يكن له إلى تغييرها سبيل ، وإن أراد تعجيل طلاق سوى تلك الطَّلَاق وقعت بها طَّلَاق فإذا جاء الزمان الذي علق الطلاق به وهي في حباله وقع بها الطلاق المعلق .

(فصل) إذا قال أنت طالق غدا إذا قدم زيد لم تطلق حتى يقدم لأن إذا اسم زمان مستقبل فعناه أنت طالق غداً وقت قدوم زيد وإن لم يقدم زيد في غد لم تطلق وإن قدم بعده ، لأنه قيد طلاقها بقدوم مقيد بصفة فلا تطلق حتى توجد ، وإن ماتت غدوة وقدم زيد بعد موتها لم تطلق لأن الوقت الذي أوقع طلاقها فيه لم يأت وهي محل للطلاق فلم تطلق . كما لو ماتت قبل دخول ذلك اليوم ، وإن قال أنت طالق يوم يقدم زيد فقدم ليلاً لم تطلق لأنه لم يوجد الشرط إلا أن يريد باليوم الوقت فتطلق وقت قدومه لأن الوقت يسمى يوماً قال الله تعالى (ومن يؤلمهم يومئذ دبره) وإن ماتت المرأة غدوة وقدم زيد ظهراً ففيه وجهان :

أحدهما : نتيين أن طلاقها وقع من أول اليوم . لأنه لو قال أنت طالق يوم الجمعة طاعت من أوله . فكذا إذا قال أنت طالق يوم يقدم زيد فينبغي أن تطلق بطلوع فجره .

والثاني : لا يقع الطلاق لأن شرطه قدوم زيد . ولم يوجد إلا بعد موت المرأة فلم يقع بخلاف يوم الجمعة . فإن شرط الطلاق مجيء يوم الجمعة وقد وجد ، وههنا شرطان فلا يؤخذ بأحدهما والأول أولى : وليس هذا شرطاً إنما هو بيان للوقت الذي يقع فيه الطلاق معرفاً بفعل يقع فيه فيقع في أوله كقوله أنت طالق اليوم الذي نصل فيه الجمعة ، ولو قال أنت طالق في اليوم الذي يقدم فيه زيد فكذلك ، ولو مات الرجل غدوة ثم قدم زيد أو مات الزوجان قبل قدوم زيد كان الحكم كما لو ماتت المرأة ، ولو قال أنت طالق في شهر رمضان إن قدم زيد فقدم فيه خرج فيه وجهان .

أحدهما : لا تطلق حتى يقدم زيد لأن قدومه شرط فلا يتقدمه المشروط بدليل ما لو قال أنت طالق إن قدم زيد فإنها لا تطلق قبل قدومه بالإتفاق وكما لو قال إذا قدم زيد .

والثاني : أنه إن قدم زيد تبينا وقوع الطلاق من أول الشهر قياساً على المسألة التي قبل هذه .

(فصل) إذا قال أنت طالق اليوم وطالق غدا طلقت واحدة لأن من طلقت اليوم فهي طالق غداً ، وإن قال أردت أن تطلق اليوم وتطلق غداً طلقت طلقتين في اليومين ، وإن قال أردت أنها تطلق في أحد اليومين طلقت اليوم ولم تطلق غداً لأنه جعل الزمان كله ظرفاً لوقوع الطلاق فوقع في أوله ، وإن قال أردت نصف طلقة اليوم ونصف طلقة غدا طلقت اليوم واحدة وأخرى غداً . لأن النصف يكمل فيصير طلاقة تامة ، وإن قال أردت نصف طلقة اليوم وباقيها غداً احتمل ذلك أيضاً . واحتمل أن لا تطلق إلا واحدة لأنه إذا قال نصفها كملت اليوم كلها فلم يبق لها بقية تقع غداً ولم يقع شيء غيرها لأنه ما أوقعه ، وذكر القاضي هذا الاحتمال أيضاً في المسألة الأولى أيضاً وهو مذهب الشافعي . ذكر أصحابه فيها الوجهين

(فصل) إذا قال أنت طالق اليوم إذا جاء غد فاختر القاضي أن الطلاق يقع في الحال لأنه علقه بشرط محال فلغا الشرط ووقع الطلاق كما لو قال لمن لا سنة لطلاقها ولا بدعة أنت طالق للسنة ، وقال في المجرد لا يقع لأن شرطه لم يتحقق لأن مقتضاه وقوع الطلاق إذا جاء غد في اليوم ولا يأتي غد إلا بعد فوات اليوم وذهاب محل الطلاق وهو قول أصحاب الشافعي .

(فصل) إذا قال أنت طالق أمس ولا نية له فظاهر كلام أحمد أن الطلاق لا يقع فروى عنه فيمن قال لزوجته أنت طالق أمس وإنما تزوجها اليوم ، ليس بشيء وهذا قول أبي بكر ، قال القاضي في بعض كتبه يقع الطلاق ، وهو مذهب الشافعي لأنه وصف الطلقة بما لا تقتصف به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال لمن لا سنة لها ولا بدعة أنت طالق للسنة أو قال أنت طالق طاقعة لا تلزمك ، ووجه الأول أن الطلاق رفع الإستباحة ولا يمكن رفعها في الزمن الماضي فلم يقع كما لو قال أنت طالق قبل قدم زيد بيومين فقدم اليوم فإن أصحابنا لم يختلفوا في أن الطلاق لا يقع وهو قول أكثر أصحاب الشافعي . وهذا طلاق في زمن ماض . ولأنه علق الطلاق بمستحيل فلغا كما لو قال أنت طالق إن قلبت الحجر ذهباً ، وإن قال أنت طاق قبل أن تزوجك فالحكم فيه كما لو قال أنت طالق أمس ، قال القاضي ورأيت

بخط أبي بكر في جزء مفرد أنه قال إذا قال أنت طالق قبل أن أتزوجك طلقت ولو قال أنت طالق أمس لم يقع لأن أمس لا يمكن وقوع الطلاق فيه وقبل تزويجها متصور الوجود . فإنه يمكن أن يتزوجها ثانياً . وهذا الوقت قبله فوقع في الحال كما لو قال أنت طالق قبل قدوم زيد ، وإن قصد بقوله أنت طالق أمس أو قبل أن أتزوجك إيقاع الطلاق في الحال مستنداً إلى ذلك الزمان وقع في الحال ، وإن أراد الإخبار أنه كان قد طلقها هو أو زوج قبله في ذلك الزمان الذي ذكره وكان قد وجد ذلك قبل منه وإن لم يكن وجد وقع طلاقه ، ذكره أبو الخطاب . وقال القاضي : يقبل على ظاهر كلام أحمد لأنه فسر به بما يحتمله ولم يشترط الوجود ، وإن أراد أني كنت طلقك أمس فكذبته لزمته الطلقة . وعليها العدة من يومها لأنها اعترفت أن أمس لم يكن من عدتها ، وإن مات ولم يبين مراده فعلى وجهين بناء على اختلاف القولين في المطلق إن قلنا لا يقع به شيء لم يلزمه ههنا شيء . وإن قلنا بوقوعه ثم وقع ههنا :

(فصل) وإن قال لزوجته أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر فقدم بعد شهر وجزء يقع الطلاق فيه تبين أن طلاقه وقع قبل الشهر لأنه إيقاع للطلاق بعد عقده وبهذا قال الشافعي وزفر وقال أبو حنيفة وصاحباؤه يقع الطلاق عند قدوم زيد لأنه جعل الشهر شرطاً لوقوع الطلاق فلا يسبق الطلاق شرطه .

ولما : أنه أوقع الطلاق في زمن على صفة فإذا حصلت الصفة وقع فيه كما لو قال أنت طالق قبل رمضان بشهر أو قبل موتك بشهر فإن أبا حنيفة خاصة يسلم ذلك ولا يسلم أنه جعل الشهر شرطاً وليس فيه حرف شرط ، وإن قدم قبل مضي شهر لم يقع بغير اختلاف بين أصحابنا ، وهو قول أكثر أصحاب الشافعي لأنه تعليق للطلاق على صفة كان وجودها ممكناً فوجب اعتبارها . وإن قدم زيد مع مضي الشهر لم تطلق لأنه لا بد من جزء يقع الطلاق فيه ، فإن خالفها بعد تعليق طلاقها بيوم ثم قدم زيد بعد الخلع بشهر وساعة تبين أن الخلع وقع صحيحاً ولم يقع الطلاق لأنه صادفها بائناً وإن قدم بعد عقد الصفة بشهر وساعة وقع الطلاق وبطل الخلع ولها الرجوع بالعوض إلا أن يكون الطلاق رجعياً ، لأن الرجعية يصح خلعهما ، وإن كانت بحالها فمات أحدهما بعد عقد الصفة بيوم ثم قدم زيد بعد شهر وساعة

من حين عقد الصفة لم يرث أحدهما الآخر لأننا تبينا أن الطلاق كان قد وقع قبل موت الميت منهما فلم يرثه صاحبه إلا أن يكون الطلاق رجعياً فإنه لا يقطع التوارث ما دامت في العدة فإن قدم بعد الموت بشهر وساعة تبينا أن الفرقة وقعت بالموت ولم يقع طلاق ، فإن قال أنت طالق قبل موتي بشهر فمات أحدهما قبل مضي شهر لم يقع طلاق لأن الطلاق لا يقع في الماضي وإن مات بعد عقد النكاح بشهر وساعة تبينا وقوع الطلاق في تلك الساعة ولم يتوارثا إلا أن يكون الطلاق رجعياً ويموت في عدتها وإن قال أنت طالق قبل موتي ولم يزد شيئاً طلقت في الحال لأن ما قبل موته من حين عقد الصفة محل للطلاق فوقع في أوله وإن قال قبل موتك أو موت زيد فكذلك ، وإن قال أنت طالق قبل قدوم زيد أو قبل دخولك الدار ، فقال القاضي تطلق في الحال سواء قدم زيد أو لم يقدم بدليل قول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوتوا الكتاب آمنوا بما نزلنا مصداقاً لما معكم من قبل أن نطمس وجوهاً فنردها على أديبارها) ولم يوجد الطمس في المأمورين ، ولو قال لغلामه اسقني قبل أن أضربك فسقاء في الحال عد ممثلاً وإن لم يضربه ، ولو قال أنت طالق قبيـل موتي أو قبيل قدوم زيد لم يقع في الحال وإنما يقع ذلك في الجزء الذي يلي الموت لأن ذلك تصغير يقتضي الجزء اليسير الذي يبقـى ، وإن قال أنت طالق قبل موت زيد وعمره شهر ، فقال القاضي تتعلق الصفة بأولها موتاً لأن اعتباره بالشأن يفضي إلى وقوعه بعد موت الأول واعتباره بالأول لا يفضي إلى ذلك فكان أولى .

• مسألة ، قال (وإذا قال لها إذا طلقك فأنت طالق فإذا طلقها لزمه اثنتان إذا كانت مدخولاً بها وإن كانت غير مدخول بها لزمته واحدة) .

وجملة ذلك أنه إذا قال لمدخول بها إذا طلقك فأنت طالق ثم قال أنت طالق وقعت واحدة بالمباشرة وأخرى بالصفة لأنه جعل تطليقها شرطاً لوقوع طلاقها فإذا وجد الشرط وقع الطلاق ، وإن كانت غير مدخول بها بانتهى الأولى ولم تقع الثانية لأنها لا عدة عليها ولا تمكن رجعتها فلا يقع طلاقها إلا بآئنا فلا يقع الطلاق بآئنا .

(فصل) فإن قال عنيت بقولي هذا أنك تكونين طالقاً بما أوقعته عليك ولم

أرد إيقاع طلاق سوى ما بشرتكم به دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على وجهين .
أحدهما : لا يقبل وهو مذهب الشافعي لأنه خلاف الظاهر إذ الظاهر أن هذا تعليق
للطلاق بشرط الطلاق ولأن أخباره إياها بوقوع طلاقه بها لا فائدة فيه . والوجه الثاني :
يقبل قوله لأنه يحتمل ما قاله فقيل كما لو قال لها أنت طالق أنت طالق وقال أردت
بالثاني التأكيد أو إيهامها :

(فصل) فإن قال إذا طلقك فأنت طالق ثم علق طلاقها بشرط مثل قوله إن خرجت
فأنت طالق فخرجت طلقت بخروجها ثم طلقت بالصفة أخرى لأنه قد طلقها بعد عقد
الصفة ولو قال أولا إن خرجت فأنت طالق ثم قال إن طلقك فأنت طالق فخرجت
طلقت بالخروج ولم تطلق بتعليق الطلاق بطلاقها لأنه لم يطلقها بعد ذلك ولم يحدث
عليها طلاقا لأن إيقاعه الطلاق بالخروج كان قبل تعليقه الطلاق بتطابقها فلم توجد
الصفة فلم يقع وإن قال إن خرجت فأنت طالق ثم قال إن وقع عليك طلاق
فأنت طالق فخرجت طلقت بالخروج ثم تطلق الثانية بوقوع الطلاق عليها إن كانت
مدخولا بها .

(فصل) وإن قال لها كلما طلقك فأنت طالق فهذا حرف يقتضي التكرار
فإذا قال لها بعد ذلك أنت طالق وقع بها طلقان إحداها بالمباشرة والأخرى
بالصفة ولا تقع ثالثة لأن الثانية لم تقع بإيقاعه بعد عقد الصفة لأن قوله كلما طلقك
يقتضي كلما أوقعت عليك الطلاق وهذا يقتضي تجديد إيقاع طلاق بعد هذا القول
وإنما وقعت الثانية بهذا القول ، وإن قال لها بعد عقد الصفة إن خرجت فأنت
طالق فخرجت طلقت بالخروج طلقة وبالصفة أخرى لأنه قد طلقها ولم تقع الثالثة
وإن قال لها : كلما أوقعت عليك طلاقا فأنت طالق فهو بمنزلة قوله كلما طلقك
فأنت طالق ، وذكر القاضى في هذه أنه إذا وقع عليها طلاقه بصفة عقدها بعد قوله
إذا أوقعت عليك طلاقا فأنت طالق لم تطلق لأن ذلك ليس بإيقاع منه . وهذا
قول بعض أصحاب الشافعي وفيه نظر فإنه قد أوقع الطلاق عليها بشرط فإذا وجد
الشرط فهو الموقع للطلاق عليها فلا فرق بين هذا وبين قوله إذا طلقك فأنت
طالق وإن قال كلما وقع عليك طلاق فأنت طالق ثم وقعت عليها طلقة بالمباشرة
أو بصفة عقدها قبل ذلك أو بعده طلقت ثلاثا ، فلو قال لها إن خرجت فأنت

طالق ثم قال كلما وقع عليك طلاق فأنت طالق ثم خرجت وقعت عليها طلقة بالخروج ثم وقعت الثانية بوقوع الأولى ثم وقعت الثالثة بوقوع الثانية لأن كلما تقتضى التكرار وقد عقد الصفة بوقوع الطلاق فكيفما وقع يقتضى وقوع أخرى ولو قال لها إذا طلقته فأنت طالق ثم قال إذا وقع عليك طلاق فأنت طالق ثم قال أنت طالق طلقت ثلاثا واحدة بالمباشرة واثنين بالصفتين لأن تطليقه لها يشتمل على الصفتين هو تطليق منه وهو وقوع طلاقه ، ولأنه إذا قال أنت طالق طلقت بالمباشرة واحدة فتطابق الثانية بكونها طلقها وذلك طلاق منه واقع عليها فتطلق به الثالثة وهذا كله فى المدخول بها ، فأما غير المدخول بها فلا تطلق إلا واحدة فى جميع هذا . وهذا كله مذهب الشافعى وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه مخالفا .

(فصل) فإن قال كلما طلقته طلاقا أملاك فيه رجعتك فأنت طالق ثم قال أنت طالق طلقت اثنتين . إحداهما : بالمباشرة . والأخرى : بالصيغة إلا أن تكون الطلقة بعوض أو فى غير مدخول بها فلا تقع بها ثانية لأنها تبين بالطلقة التى باشرها بها فلا يملك رجعتها فإن طلقها اثنتين طلقت الثالثة ، وقال أبو بكر قيل تطلق وقيل لا تطلق واختيارى أنها تطلق ، وقال أصحاب الشافعى لا تطلق الثالثة لأنها لو أوقعناها لم يملك الرجعة ولم يوجد شرط طلاقها فيفضى ذلك إلى الدور فيقطعه بمنع وقوعه .

ولنا : أنه طلاق لم يكمل به العدد بغير عوض فى مدخول بها فيقع بها التى بعدها كالأولى فامتناع الرجعة ههنا لعجزه عنها لا لعدم الملاك كما لو طلقها واحدة وأغنى عليه عقيبها فإن الثانية تقع ، وإن امتنعت الرجعة لعجزه عنها ، وإن كان الطلاق بعوض أو فى غير مدخول بها لم يقع بها إلا الطلقة التى باشرها بها لأنه لا يملك رجعتها ، وإن قال كلما وقع عليك طلاق أملاك فيه رجعتك فأنت طالق ثم وقع عليها طلقة بمباشرة أو صفة طلقت ثلاثا وعندهم لا تطلق لما ذكرناه فى التى قبلها ولو قال لامرأته إذا طلقته طلاقا أملاك فيه الرجعة فأنت طالق ثلاثا ثم طلقها طلقت ثلاثا ، وقال المزنى لا تطاق وهو قياس قول أصحاب الشافعى لما تقدم .

(فصل) وإن قال لزوجته إذا طلقته أو إذا وقع عليك طلاق فأنت طالق قبله ثلاثا فلا نص فيها ، وقال القاضى تطلق ثلاثا واحدة بالمباشرة واثنين من

المعلق وهو قياس قول الشافعي وقول بعض أصحابه ، وقال ابن عقيل تطلق واحدة بالباشرة ويلغو المعلق لأنه طلاق في زمن ماض فلا يتصور وقوع الطلاق فيه وهو قياس نص أحمد وأبي بكر في أن الطلاق لا يقع في زمن ماض وبه قال أبو العباس بن القاضي من أصحاب الشافعي ، وقال أبو العباس بن مريج وبعض الشافعية لا تطلق أبداً لأن وقوع الواحدة يقتضي وقوع ثلاث قبلها وذلك بمنع وقوعها فأثبتاتها يؤدي إلى نفيها فلا تثبت ، ولأن إيقاعها يفضي إلى الدور لأنها إذا وقعت وقع قبلها ثلاث فيمتنع وقوعها وما أفضى إلى الدور وجب قطعه من أصله .

ولنا : أنه طلاق من مكلف مختار في محل لنكاح صحيح فيجب أن يقع كما لو لم يعقد هذه الصفة ولأن عمومات النصوص تقتضي عموم وقوع الطلاق مثل قوله سبحانه (فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) وقوله سبحانه (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وكذلك سائر النصوص ، ولأن الله تعالى شرع الطلاق لمصلحة تتعلق به ، وما ذكره يمنعه بالكلية ويبطل شرعيته فتفوت مصلحته فلا يجوز ذلك بمجرد الرأي والتحكم وما ذكره غير مسلم فإننا إن قلنا لا يقع الطلاق المعلق فله وجه لأنه أوقعه في زمن ماض ولا يمكن وقوعه في الماضي فلم يقع كما لو قال : أنت طالق قبل قدوم زيد بيوم فقدم في اليوم ولأنه جعل الطلقة الواقعة شرطا لوقوع الثلاث ، ولا يوجد المشروط قبل شرطه فعلى هذا لا يمتنع وقوع الطلقة المباشرة ولا يفضي إلى دور ولا غيره ، وإن قلنا بوقوع الثلاث فوجهه أنه وصف الطلاق المعلق بما يستحيل وصفه به فلفت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال أنت طالق لا تنقص عدد طلاقك أو لا تلزمك أو قال للآيسة أنت خالق للسنة أو قال للبدعة وبيان استحالة أن تعليقه بالشرط يقتضي وقوعه بعده لأن الشرط يتقدم مشروطه ولذلك لو أطلق لوقع بعده وتعقيبه بالفاء في قوله فأنت طالق يقتضي كونه عقيبه وكون الطلاق المعلق بعده قبله محال فلا يصح الوصف به فلفت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال إذا طلقك فأنت طالق ثلاثا لا تلزمك ، ثم يبطل ما ذكره بقوله إذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثا ثم وجد ما يفسخ نكاحها من رضاع أو ردة أو وطء أمها أو ابنتها بشبهة فإنه يرد عليه ما ذكره ولا خلاف في انفساخ النكاح . وقال القاضي ما ذكره ذريعة إلى أن

لا يقع عليها الطلاق جملة ، وإن قال أنت طالق ثلاثا قبيل وقوع طلاق بك واحدة أو قال أنت طالق اليوم ثلاثا إن طلقك غدا واحدة فالكلام عليها من وجه آخر وهو وارد على المسألتين جميعا وذلك أن الطلقة الموقعة يقتضى وقوعها وقوع مالا يتصور وقوعها معه فيجب أن يقضى بوقوع الطلقة الموقعة دون ما تعلق بها لأن ما تعلق بها تابع ولا يجوز إبطال المتبوع لامتناع حصول التبع فيبطل التابع وحده كما لو قال فى مرضه إذا أعتقت سالما فغانم حر ولم يخرج من ثلثه إلا أحدهما فإن سالما يعتق وحده ولا يقرع بينهما لأن ذلك ربما أدى إلى عتق المشروط دون الشرط وذلك غير جائز ولا فرق بين أن يقول فغانم حر قبله أو معه أو بعده أو تطلق كذا ههنا .

(فصل) اختلاف أصحابنا فى الحلف بالطلاق فقال القاضى فى الجامع وأبو الخطاب هو تعليقه على شرط أى شرط كان إلا قوله إذا شئت فأنت طالق ونحوه فإنه تأمك وإذا حضت فأنت طالق فإنه طلاق بدعة ، وإذا طهرت فأنت طالق فإنه طلاق سنه وهذا قول أبى حنيفة لأن ذلك يسمى حلفا عرفا فيتعلق الحكم به كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ولأن فى الشرط معنى القسم من حيث كونه جملة غير مستقلة دون الجواب فأشبهه قوله والله وبالله وتالله ، وقال القاضى فى المجرد هو تعليقه على شرط يقصد به الحث على الفعل أو المنع منه كقوله إن دخلت الدار فأنت طالق ، وإن لم تدخل فأنت طالق أو على تصديق مخبره مثل قوله أنت طالق لقد قدم زيد أو لم يقدم فأما التعاق على غير ذلك كقوله أنت طالق إن طلعت الشمس أو قدم الحاج أو إن لم يقدم السلطان فهو شرط محض ليس بحلف لأن حقيقة الحلف القسم وإنما سمي تعليق الطلاق على شرط حلفا تجوزا لمشاركته الحلف فى المعنى المشهور وهو الحث أو المنع أو تأكيد الخبر نحو قوله والله لأفعلن أو لا أفعل أو لقد فعلت أو لم أفعل وما لم يوجد فيه هذا المعنى لا يصح تسميته حلفا وهذا مذهب الشافعى . فإذا قال لزوجته إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال إذا طلعت الشمس فأنت طالق لم تطلق فى الحال على القول الثانى لأنه ليس بحلف ، وتطلق على الأول لأنه حلف ، وإن قال كلما كلمت أباك فأنت طالق طلقت على القولين جميعا لأنه علق طلاقها على شرط يمكن فعله وتركه فكان حلفا كما لو قال إن

(م ٢٤ - ج ٧ - المغنى)

دخلت الدار فأنت طالق وإن قال إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم أعاد ذلك طلقت واحدة كلما أعاده مرة طلقت حتى تكمل الثلاث لأن كل مرة يوجد بها شرط الطلاق وينعقد شرط طلاق أخرى ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال أبو ثور ليس ذلك بحلف ولا يقع الطلاق بتكراره لأنه تكرار للكلام فيكون تأكيداً لا حلفاً .

ولنا : أنه تعليق للطلاق على شرط يمكن فعله وتركه فكان حلفاً كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق وقوله إنه تكرار للكلام ، حجة عليه فإن تكرار الشيء عبارة عن وجوده مرة أخرى فإذا كان في الأول حلفاً فوجد مرة أخرى فقد وجد الحلف مرة أخرى ، وأما التأكيد فإنما يحمل عليه الكلام المكرر إذا قصده وهما إن قصد إفهامها لم يقع بالثاني شيء كما لو قال أنت طالق أنت طالق ، يعني بالثانية إفهامها فأما إن كرر ذلك لغير مدخول بها بانت بطلقة ولم يقع أكثر منها فإذا قال لها ذلك ثلاثاً بانت بالمرّة الثالثة ولم تطلق بالثانية فإن جدد نكاحها ثم أعاد ذلك لها أو قال لها إن تكلمت فأنت طالق أو نحو ذلك لم تطلق بذلك لأن شرط طلاقها إنما كان بعد بينوتها .

(فصل) وإن قال لامرأته كلما حلفت بطلاقك فأنتا طالقتان ثم أعاد ذلك ثلاثاً طلقت كل واحدة منهما ثلاثاً لما ذكرنا ، فإن كانت إحداها غير مدخول بها بانت بالمرّة الثانية فإذا أعاده مرّة ثالثة لم تطلق واحدة منهما لأن غير المدخول بها بائن فلم تكن إعادة هذا القول حلفاً بطلاقها وهي غير زوجته فلم يوجد الشرط فإن شرط طلاقهما الحلف بطلاقهما جميعاً فإن جدد النكاح البائن ثم قال لها إن تكلمت فأنت طالق فقد قيل بطلاقان حينئذ لأنه صار بهذا حالاً بطلاقها وقد حلف بطلاق المدخول بها بإعادة قوله في المرّة الثالثة فطلقنا حينئذ ويقوى عندي أنه لا يقع الطلاق بهذه التي جدد نكاحها لأنها حين إعادة المرّة الثالثة بائن فلم تنعقد الصفة بالإضافة إليها كما لو قال لأجنبية إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم تزوجها وحلف بطلاقها ولكن تطلق المدخول بها حينئذ لأنه قد حلف بطلاقها في المرّة الثالثة وحلف بطلاق هذه حينئذ فأكمل شرط طلاقها فطلقت وحدها .

(فصل) فإن كانت له امرأتان حفصة وعمرة فقال إن حلفت بطلاقكما فعمرة

طالق ثم أعاده لم تطلق واحدة منهما لأن هذا حلف بطلاق عمرة وحدها فلم يوجد الحلف بطلاقهما وإن قال بعد ذلك إن حلفت بطلاقكما فحفصة طالق طلقت عمرة لأنه حلف بطلاقهما بعد تعليقه طلاقها على الحلف بطلاقهما ولم تطلق حفصة لأنه ما حلف بطلاقهما بعد تعليقه طلاقها عليه ، فإن قال بعد هذا إن حلفت بطلاقكما فعمرة طالق لم تطلق واحدة منهما لأنه لم يحلف بطلاقهما إنما حلف بطلاق عمرة وحدها فإن قال بعد هذا إن حلفت بطلاقكما فحفصة طالق طلقت حفصة ، وعلى هذا القياس .

(فصل) وإن قال لاحداهما إن حلفت بطلاقك فضررتك طالق ثم قال للأخرى مثل ذلك طلقت الثانية لأن إعادته الثانية هو حلف بطلاق الأولى وذلك شرط وقوع طلاق الثانية ثم إن أعاد الأولى طلقت ثم كلما أعاده على هذا الوجه لامرأة طلقت حتى يكمل الثانية ثلاث ثم إذا أعاده للأولى لم تطلق لأن الثانية قد بان منه فلم يكن ذلك حلفا بطلاقها ، ولو قال هذا القول لامرأة ثم أعاده لها لم تطلق به واحدة منهما لأن ذلك ليس بحلف بطلاقها إنما هو حلف بطلاق ضررتها ولم يداق على ذلك طلاقا ، وإن قال للأولى إن حلفت بطلاق ضررتك فأنت طالق ثم قال للأخرى مثل ذلك طلقت الأولى لأن قوله الثانية حلف بطلاقها وشرط لوقوع الطلاق بالأولى ثم إن أعاده للأولى طلقت الثانية ثم كلما أعاده لامرأة منهما على هذا الوجه طلقت الأخرى ، فإن كانت إحداهما غير مدخول بها فطلقت مرة بانتهى ولم تطلق صاحبها بإعادة ذلك لها لأنه ليس بحلف بطلاقها لكونها باتنا فهي كسائر الأجنبية ، وإن قال لاحداهما إذا حلفت بطلاق ضررتك فهي طالق ثم قال للأخرى مثل ذلك لم تطلق واحدة منهما . ثم إن أعاد ذلك لاحداهما طلقت الأخرى ثم إن أعاده للأخرى طلقت صاحبها ثم كلما أعاده لامرأة طلقت الأخرى إلا أن تكون إحداهما غير مدخول بها أو لم يبق من طلاقها إلا دون الثلاث فإنها إذا بانتهى صارت كالأجنبية ، ولو قال ذلك لامرأة ابتداء ثم أعاده لها طلقت ضررتها بكل إعادة مرة حتى تكمل الثلاث ، وإن قال لامرأة إذا حلفت بطلاق ضررتك فهي طالق ثم قال للأخرى إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق طلقت في الحال ثم إن قال للأولى مثل ما قال لها أو قال الثانية مثل ما قال لها

طلقت الثانية وكذلك الثالثة ولا يقع بالاولى بهذا طلاق لأن الحلف في الموضعين إنما هو بطلاق الثانية .

ولو قال للأولى إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال لثانية إن حلفت بطلاق ضرتك فهي طالق طلقت الأولى ثم متى أعاد أحد هذين الشرطين مرة أخرى طلقت الأولى مرة ثانية وكذلك الثالثة ولا يقع بالثانية بهذا طلاق ، ولو قال لاحدهما إذا حلفت بطلاقك فضررتك طالق ثم قال للآخرى إذا حلفت بطلاق ضرتك فأنت طالق لم تطلق واحدة منهما لأنه في الموضعين علق طلاق الثانية على الحلف بطلاق الأولى ولم يحلف بطلاقها ، ولو أعاد ذلك لما لم يقع طلاق بواحدة منهما وسواء تقدم القول للثانية على القول للأولى أو تأخر عنه .

(فصل) وإن كان له ثلاث نسوة فقال إن حلفت بطلاق زينب فعمرة طالق ثم قال إن حلفت بطلاق عمرة فحفصة طالق ثم قال إن حلفت بطلاق حفصة فزينب طالق طلقت عمرة . وإن جعل مكان زينب عمرة طلقت حفصة ثم متى أعاده بعد ذلك طلقت منهن واحدة على الوجه الذي ذكرناه وإن قال إن حلفت بطلاق زينب ففسائي طالق ثم قال إن حلفت بطلاق عمرة ففسائي طواق ثم قال إن حلفت بطلاق حفصة ففسائي طواق طلقت كل واحدة منهن طلقين لأنه لما قال إن حلفت بطلاق عمرة ففسائي طواق فقد حلف بطلاق زينب بعد تعليقه طلاق فسائه على الحلف بطلاقها فطلقت كل واحدة منهن طلقة ، ولما قال إن حلفت بطلاق حفصة ففسائي طواق فقد حلف بطلاق عمرة وزينب فطلقت كل واحدة منهن طلقة بحلفه بطلاق عمرة ولم يقع بحلفه بطلاق زينب شيء لأنه قد حنث به مره فلا يحنث ثانية ، ولو كان مكان قوله « إن » ، « كلما » ، طلقت كل واحدة منهن ثلاثاً لأن كلما تقتضي التكرار .

ولو قال كلما حلفت بطلاق واحدة منكن فأنت طواق ثم أعاد ذلك مرة ثانية طلق ثلاثاً ثلاثاً لأنه بإعادته حلف بطلاق كل واحدة منهن وحلفه بطلاق كل واحدة شرط لطلاق جميعاً ، وإن قال إن حلفت بطلاق واحدة منكن فأنت طواق ثم أعاد ذلك طلقت كل واحدة منهن طلقة لأن لا تقتضي التكرار ، وإن قال بعد ذلك لاحدهما إن قت فأنت طالق طلقت كل واحدة منهن طلقة

أخرى ، ولو قال كلاً حلفت بطلاقك فأتين طالق ثم أعاد ذلك طلقت كل واحدة طلقة ، وإن قال بعد ذلك لا أحدهن إن قت فأت طالق لم تطلق واحدة منهن وإن قال ذلك للثنتين الباقيتين طاق الجميع طلقة طلقة .

(فصل) وإن قال لزوجته إن حلفت بعق عبدى فأت طالق ثم قال إن حلفت بطلاقك فعبدى حر طلقت ثم إن قال لعبد ، إن حلفت بعقك فامرأتى طالق عتق العبد وإن قال له إن حلفت بطلاق امرأتى فأت حر ثم قال لها إن حلفت بعق عبدى فأت طالق عتق العبد ولو قال لعبد إن حلفت بعقك فأت حر ثم أعاد ذلك عتق العبد .

(فصل) وقد استعمل الطلاق والعتاق استعمال القسم جواباً له فإذا قال أنت طالق لا قوم من وقام لم تطلق زوجته فإن لم يقم في الوقت الذي عينه جنت ، وهذا قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن المسيب والحسن وعطاء والزهرى وسعيد بن جبير والشعبي والثوري وأصحاب الرأي وقال شريح يقع طلاقه وإن قام لأنه طلاق طلاقاً غير معلق بشرط فوقع كما لو لم يقم ،

ولنا : أنه حلف بر فيه فلم يحنث كما لو حلف بالله تعالى وإن قال أنت طالق إن أخاك لعاقل وكان أخوها عاقلاً لم يحنث وإن لم يكن عاقلاً حنث كما لو قال والله إن أخاك لعاقل وإن شك في عقله لم يقع الطلاق لأن الأصل بقاء النكاح فلا يزول بالشك ، وإن قال أنت طالق لا أكلت هذا الرغيف فأكله حنث وإلا فلا وإن قال أنت طالق ما أكلته وكان صادقاً لم يحنث وإن كان كاذباً حنث كما لو قال والله ما أكلته وإن قال أنت طالق لولا أبوك لطلقتك وكان صادقاً لم تطلق وإن كان كاذباً طلقت ولو قال إن حلفت بطلاقك فأت طالق ثم قال أنت طالق لا كرمك طلقت في الحال ، ولو قال إن حلفت بعق عبدى فأت طالق ثم قال عبدى حر لا قوم من طلقت المرأة وإن قال إن حلفت بطلاق امرأتى فعبدى حر ثم قال أنت طالق لقد صمت أمس عتق العبد .

(فصل) وإن قال إن طلقت حفصة فعمرة طالق ثم قال إن طلقت عمرة حفصة طالق ثم طلق حفصة طلقتا معا حفصة بالمباشرة وعمرة بالصفة ولم تزد كل واحدة منهما على طلقة وإن بدا بطلاق عمرة طلقت طلقتين وطلقت حفصة طلقة واحدة

لأنه إذا طلق حفصة طلقت عمرة بالصفة لكونه علق طلاقها على طلاق حفصة ولم يعد على حفصة طلاق آخر لأنه بما أحدث في عمرة طلاقاً إنما طلقت بالصفة السابقة على تعليقه طلاقها ، وإن بدأ بطلاق عمرة طلقت حفصة لكون طلاقها معلقاً على طلاق عمرة ووقوع الطلاق بها تطليق منه لها لأنه أحدث فيها طلاقاً بتعليقه طلاقها على تطليق عمرة بعد قوله إن طلقت حفصة فعمرة طالق ومتى وجد التعليق والوقوع معاً فهو تطليق ، فإن وجداً معاً بعد تعليق الطلاق بطلاقها وقع الطلاق المعلق بطلاقها وطلاق عمرة ههنا معلق بطلاقها فوجب القول بوقوعه ولو قال لعمرة كلما طلقت حفصة فأنت طالق ثم قال لحفصة كلما طلقت عمرة فأنت طالق ثم قال لعمرة أنت طالق طلقت طلقتين وطلقت حفصة طلقة واحدة ، وإن طلق حفصة ابتداء لم يقع بكل واحدة منهما إلا طلقة لأن هذه المسألة كالتى قبلها سواء فإنه بدأ بتعليق طلاق عمره على تطليق حفصة ثم ثنى بتعليق طلاق حفصة على تطليق عمرة ، ولو قال لعمرة إن طلقتك حفصة طالق ثم قال لحفصة إن طلقتك فعمرة طالق ثم طلق حفصة طلقت طلقتين وطلقت عمرة طلقة وإن طلق عمرة طلقت كل واحدة منهما طلقة لأنها عكس التى قبلها ، ذكر هاتين المسألتين القاضى فى المجرى ، ولو قال لإحدى زوجتيه كلما طلقت ضرتك فأنت طالق ثم قال للآخرى مثل ذلك ثم طلق الأولى طلقت طلقتين وطلقت الثانية طلقة ، وإن طلق الثانية طلقت (١) طلقتين وطلقت الأولى طلقة ، وإن قال كلما طلقتك فضررتك طالق ، ثم قال للآخرى مثل ذلك ثم طلق الأولى طلقت كل واحدة منهما طلقة طلقة وإن طلق الثانية طلقت طلقتين وطلقت الأولى طلقة ، وتعابيل ذلك على ما ذكرنا فى المسألة الأولى .

(فصل) وإن كان له ثلاث نسوة ، فقال إن طلقت زينب فعمرة طالق وإن طلقت عمرة فحفصة طالق وإن طلقت حفصة فزينب طالق ثم طلق زينب طلقت عمرة ولم تطلق حفصة لأنه ما أحدث فى عمرة طلاقاً بعد تعليق طلاق حفصة بتطبيقها وإنما طلقت بالصفة السابقة على ذلك فيكون وقوعاً للطلاق وليس بتطليق وإن طاق عمره طلقت حفصة ولم تطلق زينب لذلك وإن طلق

(١) فى نسخة طلقت كل واحدة منهما طلقة .

حفصة طلقت زينب ثم طلقت عمرة فيقع الطلاق بالثلاث لأنه أحدث في زينب طلاقاً بعد تعليقه طلاق عمرة بطلاقها فإنه عاق طلاقها بعد ذلك على تطليق حفصة ثم طلق حفصة والتعليق مع تحقق شرطه تطليق وقد وجد التعليق وشرطه معا بعد تعليقه طلاق عمرة بتطليقها فكان وقوع الطلاق بزينب تطليقاً فطلعت به عمرة بخلاف غيرها . وإن قال لزينب إن طلعت عمرة فأنت طالق ثم قال لعمرة إن طلعت حفصة فأنت طالق ثم قال لحفصة إن طلعت زينب فأنت طالق . ثم طلق زينب طلقت الثلاث زينب بالمباشرة وحفصة بالصفة ووقوع الطلاق بحفصة تطليق لها وتطليقها شرط طلاق عمرة فتطلق به أيضاً . والدليل على أنه تطليق لحفصة أنه أحدث فيها طلاقاً بتعليقه طلاقها على تطليق زينب بعد تعليق طلاق عمرة بتطليقها وتحقيق شرطه والتعليق مع شرطه تطليق وقد وجدوا معا بعد جعل تطليقها صفة لطلاق عمرة ، وإن طلق عمرة طلقت هي وزينب ولم تطلق حفصة وإن طلق حفصة طلقت هي وعمرة ولم تطلق زينب لما ذكرنا في المسألة التي قبلها وإن قال لزينب إن طلقتك فضرناك طالقتان ثم قال لعمرة مثل ذلك ثم قال لحفصة مثل ذلك ، ثم طلق زينب طلقت كل واحدة منهن طلاقاً واحدة لأنه لم يحدث في غير زينب طلاقاً إنما طلقنا بالصفة السابقة على تعليق الطلاق بتطليقها وإن طلق عمرة طلقت زينب طلاقاً وطلعت عمرة وحفصة كل واحدة منهما طلقتين لأن عمرة طلقت واحدة بالمباشرة وطلقت زينب وحفصة بطلاقها واحدة واحدة وطلاق زينب تطليق لها لأنه وقع بها بصفة أحدثها بعد تعليق طلاقها بتطليقها فعاد على عمرة وحفصة بذلك طالقتان ولم يعد على زينب بطلاقهما طلاق لما تقدم . وإن طلق حفصة طلقت ثلاثاً لأنها طلقت واحدة بالمباشرة فطلقت بها ضرناها ووقوع الطلاق بكل واحدة منهما تطليق لأنه بصفة أحدثها فيهما بعد تعليق طلاقها بطلاقهما فعاد عليها من طلاق كل واحدة منهما طلاقاً فأكمل لها ثلاث وطلعت عمرة طلقتين واحدة بتطليق حفصة وأخرى بوقوع الطلاق على زينب لأنه تطليق لزينب لما ذكرناه . وطلقت زينب واحدة لأن طلاق ضررتها بالصفة ليس بتطليق في حقها ، وإن قال لكل واحدة منهن كذا طلقت إحدى ضررتك فأنت طالق ثم طلق

الأولى طلقت ثلاثاً وطلقت الثانية طلقتين والثالثة طلقة واحدة لأن تطليقه للأولى شرط لطلاق ضررتها ووقوع الطلاق بهما تطليق بالنسبة إليهما لكونه واقعاً بصفة أحدثها بعد تعليق طلاقها بطلاقهما فعاد عليها من تطليق كل واحدة منهما طلقة فكل لها الثلاث وعاد على الثانية من طلاق الثالثة طلقة ثانية لذلك ولم يعد على الثالثة من طلاقهما الواقع بالصفة شيء لأنه ليس بتطليق في حقها ، وإن طلق الثانية طلقت أيضاً طلقتين وطلقت الأولى ثلاثاً والثالثة طلقة وإن طلق الثالثة طلقت الأولى طلقتين وطلقت كل واحدة من الباقيتين طلقة طلقة .

(فصل) ولو قال لامرأته إن طلقك فعبدى حر ثم قال لعبدته إن قت فامرأتى طالق فقام طلقت المرأة وعتق العبد ، ولو قال لعبدته إن قت فامرأتى طالق ثم قال لامرأته إن طلقك فعبدى حر فقام العبد طلقت المرأة ولم يعتق العبد لأن وقوع الطلاق بالصفة إنما يكرن تطليقاً مع وجود الصفة في الصورة الأولى وجدت الصفة والوقوع بعد قوله إن طلقك فعبدى حر ، وفي الصورة الأخرى لم يوجد بعد ذلك إلا الوقوع وحده فكانت الصفة سابقة فلذلك لم يعتق العبد ، ولو قال لعبدته إن أعتقك فامرأتى طالق ثم قال لامرأته إن حلفت بطلاقك فعبدى حر ثم قال لعبدته إن لم أضربك فامرأتى طالق عتق العبد وطلقت المرأة .

(فصل) ومتى عاق الطلاق على صفات فاجتمعن في شيء واحد وقع بكل صفة ما عاق عليها كما لو وجدت مفترقة وكذلك العتاق فلو قال لامرأته إن كلمت رجلاً فأنت طالق وإن كلمت طويلاً فأنت طالق وإن كلمت أسود فأنت طالق فكلمت رجلاً أسود طويلاً طلقت ثلاثاً ، وإن قال إن ولدت بنتاً فأنت طالق وإن ولدت سوداء فأنت طالق وإن ولدت ولداً فأنت طالق فولدت بنتاً سوداء طلقت ثلاثاً ، وإن قال إن أكلت رمانة فأنت طالق ، وإن أكلت نصف رمانة فأنت طالق فأكلت رمانة طلقت اثنتين ، وإن قال كلما أكلت رمانة فأنت طالق وكلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق فأكلت رمانة طلقت ثلاثاً لأن كلما تقتضى التكرار وفي الرمانة نصفان فتطابقاً كليهما طلقتين وبأكل الرمانة طلقة فإن نوى بقوله نصف رمانة نصفاً مفرداً عن الرمانة المشروطة أو كانت مع الكلام قرينة تقتضى ذلك لم يحث حتى تأكل ما نوى تعليق الطلاق به لأن مبنى الإيمان على النية .

(فصل) فإن قال إن دخل الدار وجل فعبد من عبيدى حر وان دخلها طويل فعبدان حران ، وان دخلها أسود فثلاثة أعبد أحرار وان دخلها فقيه فأربعة أعبد أحرار فدخلها فقيه طويل أسود عتق من عبيده عشرة ، وإن كان له أربع نسوة فقال ان طلقت امرأة منك فعبد من عبيدى حر ، وان طلقت اثنتين فعبدان حران ، وان طلقت ثلاثة فثلاثة أحرار ، وان طلقت أربعاً فأربعة أحرار ثم طلق الأربع مجتمعات أو متفرقات عتق من عبيده عشرة بالواحدة واحد وبالإثنين اثنان وبالثلاث ثلاثة وبالأربع أربعة لاجتماع هذه الصفات الأربع فيهن ولو علق ذلك بلفظة «كلما» فقد قيل يعتق عشرة أيضاً والصحيح أنه يعتق خمسة عشر عبداً لأن فيهن أربعة صفات هن أربع فيعتق أربعة وهن أربعة آحاد فيعتق بذلك أربعة وفيهن ثلاث فيعتق بهن ثلاثة وإن شئت قلت يعتق بالواحدة واحد وبالثانية ثلاثة لأن فيها صفتين هي واحدة وهي مع الأولى اثنتان ويعتق بالثالثة أربعة لأنها واحدة وهي مع الأولى والثانية ثلاث ، ويعتق بالرابعة سبعة لأن فيها ثلاث صفات هي واحدة وهي مع الثالثة اثنتان وهي مع الثلاث التي قبلها أربع وهذا أولى من الأول لأن قائله لا يعتبر صفة طلاق الواحدة في غير الأولى ولا صفة التثنية في الثالثة والرابعة ولفظ «كلما» يقتضى التكرار فيجب تكرار الطلاق بتكرار الصفات ، وقيل يعتق سبعة عشر لأن صفة التثنية قد وجدت ثلاث مرات فإنها توجد بضم الثانية إلى الثالثة ، وقيل يعتق عشرون وهو قول أبي حنيفة لأن صفة الثلاث وجدت مرة ثانية بضم الثانية والثالثة إلى الرابعة وكلا القولين غير سديد لأنهم عدوا الثانية مع الأولى في صفة التثنية مرة ثم عدوها مع الثالثة مرة أخرى وعدوا الثانية والثالثة في صفة التثليث مرتين مرة مع الأولى ومرة مع الرابعة وما عد في صفة مرة لا يجوز عده في تلك الصفة مرة أخرى ولذلك لو قال كلما أكلت نصف رمانة فانت طالق فاكلت رمانة لم تطاق إلا اثنتين لأن الرمانة نصفان ولا يقال إنها تطلق ثالثة بان يضم الربع الثانى إلى الربع الثالث فيصيران نصفاً ثالثاً وكذلك في مسائلتنا لم تضم الأولى إلى الرابعة فيصيران اثنتين ، وعلى سياق هذا القول ينبغي أن يعتق اثنان وثلاثون، واحد بطلاق واحدة وثلاثة بطلاق الثانية وثمانية بطلاق الثالثة لأنها واحدة وهي مع ما قبلها ثلاثة وهي مع ضمها إلى الأولى

اثنان ومع ضمها إلى الثانية اثنان ففيها صفة الثانية مرتان ويعتق بطلاق الرابعة عشرون لأن فيها ثمان صفات هي واحدة وهي مع ما قبلها أربع وفيها صفة التثنية ثلاث مرات هي مع الأولى والثانية ثلاث ومع الثانية والثالثة ثلاث ومع الأولى والثالثة ثلاث فيعتق بذلك تسعة وفيها صفة التثنية ثلاث مرات هي مع الأولى اثنان وهي مع الثانية اثنان وهي مع الثالثة اثنان فيعتق بذلك ستة ويصير الجميع اثنين وثلاثين وما نعلم بهذا قائلًا وهذا مع الإطلاق .

فأما إن نوى بلفظه غير ما يقتضيه الإطلاق مثل أن ينوى بقوله ائنتين غير الواحدة فيمينه على ما نواه ، ومتى لم يعين العبيد المعتقين أخرجوا بالقرعة ، ولو قال كلما أعتقت عبداً من عبيدي فأمرأة من نسائي طالق وكلما أعتقت اثنتين فأمرأتان طالقتان ثم أعتق اثنتين طالق الأربع على القول الصحيح ، وعلى القول الأول يطلق ثلاث ويخرجن بالقرعة ، ولو قال كلما أعتقت عبداً من عبيدي فجارية من جوارى حرة وكلما أعتقت اثنتين فجاريستان حرتان وكلما أعتقت ثلاثة فثلاث أحرار وكلما أعتقت أربعة فأربع أحرار ، ثم أعتق أربعة عتق من جواريه بعسدد ما طلق من النساء على ما ذكرنا ، وإن أعتق خمسا فعلى القول الأول يعتق من جواريه ههنا خمس عشرة وعلى القول الثاني يعتق إحدى وعشرون لأن عتق الخامس عتق به ست لكونه واحداً وهو مع ما قبله خمسة ولم يمكن عده في سائر الصفات لأن ما قبله قد عد في ذلك مرة فلا يعد ثانية .

مسألة ، قال (وإذا قال إن لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتاً ولم يطلقها حتى مات أو مات وقع الطلاق بها في آخر أوقات الإمكان) .

وجملة ذلك : إن حرف « إن » موضوع للشرط لا يقتضى زمناً ولا يدل عليه إلا من حيث إن الفعل المعلق به من ضرورته الزمان وما حصل ضرورة لا يتقيد بزمان معين ولا يقتضى تعجيلاً فما علق عليه كان على التراخي سواء في ذلك الإثبات والنفي : فعلى هذا إذا قال إن لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتاً ولم يطلقها كان ذلك على التراخي ولم يحث بتأخيره لأن كل وقت يمكن أن يفعل ما حلف عليه فلم يفت الوقت فإذا مات أحدهما علنا حثه حينئذ لأنه لا يمكن إيقاع الطلاق بها

بعد موت أحدهما فتبين أنه وقع إذ لم يبق من حياته ما يتسع لتطبيقها . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً ، ولو قال إن لم أطلق عمرة لحفصه طالق فأى الثلاثة مات أولاً وقع الطلاق قبل موته لأن تطبيقه لحفصة على وجه تنحل به يمينه إنما يكون في حياتهم جميعاً ، وكذلك لو قال إن لم أعتق عباً أو إن لم أضرب فامرأتى طالق وقع بها الطلاق في آخر جزء من حياة أولهم موتاً فأما إن عين وقتاً بلفظه أو بنيته تعين وتعلقت يمينه به .

قال أحمد رحمه الله : إذا قال إن لم أضرب فلاناً فأنت طالق ثلاثاً فهو على ما أراد من ذلك ، وذلك لأن الزمان المحلوف على ترك الفعل فيه تعين بنيته وإرادته فصار كالمصرح به في لفظه فإن مبنى الايمان على النية لقول النبي صلى الله عليه وسلم « إنما لأمرى ما نوى » .

(فصل) ولا يمنع من وطء زوجته قبل فعل ما حلف عليه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي ويحيى الأنصارى وربيعه ومالك وأبو عبيد لا يبطأ حتى يفعل لأن الأصل عدم الفعل ووقوع الطلاق وروى الأثرم عن أحمد مثل ذلك ، وقال الأنصارى وربيعه ومالك يضرب له أجل المولى كما لو حلف أن لا يبطأها .

ولنا : أنه نكاح صحيح لم يقع فيه طلاق ولا غيره من أسباب التحريم فحل له الوطء فيه كما لو قال إن طلقك فأنت طالق ، وقولهم الأصل عدم الفعل ووقوع الطلاق . قلنا : هذا الأصل لم يقتض وقوع الطلاق ، فلم يقتض حكمه ولو وقع الطلاق بعد وطئه لم يضرب كما لو طلقها ناجزاً ، وعلى أن الطلاق ههنا إنما يقع في زمن لا يمكن الوطء بعده بخلاف قوله إن وطئتك فأنت طالق .

(فصل) إذا كان المعلق طلاقاً بائناً فانت لم يرثها . لأن طلاقه أبانها منه فلم يرثها كما لو طلقها ناجزاً عند موتها ، وإن مات ورثته ، نص عليه أحمد في رواية أبي طالب إذا قال لزوجته : أنت طالق ثلاثاً إن لم أتزوج عليك ومات ولم يتزوج عليها ورثته وإن مات لم يرثها ، وذلك لأنها تطلق في آخر حياته فأشبه طلاقه لها

في تلك الحال ، ونحو هذا قال عطاء ويحيى الأنصاري ، ويتخرج لنا أنها لا ترثه أيضاً ، وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن والشعبي وأبي عبيد . لأنه إنما طلقها في صحته ، وإنما تحقق شرط وقوعه في المرض فلم ترثه كما لو علقه على فعلها ففعلته في مرضه .

وقال أبو حنيفة : إن حلف إن لم تأت البصرة فأنت طالق فلم تفعل فإنهما لا يتوارثان . وإن قال : إن لم آت البصرة فأنت طالق فمات ورثته . وإن مات لم يرثها لأنه في الأول علق الطلاق على فعلها . فإذا امتنعت منه فقد حققت شرط الطلاق فلم ترثه ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلتها ، وإذا علقه على فعل نفسه فامتنع كان الطلاق منه فأشبه ما لو نجزه في الحال . ووجه الأول أنه طلاق في مرض مريته فمنعه ميراثه ولم يمنعها كما لو طلقها ابتداء ، ولأن الزوج آخر الطلاق اختياراً منه حتى وقع ما علق عليه في مرضه فصار كالإبادة له ، فأما ما ذكر عن أبي حنيفة فحسن إذا كان الفعل مما لا مشقة عليها فيه ، لأن تركها له كقطعها لما حلف عليها لتركه . وإن كان مما فيه مشقة فلا ينبغي أن يسقط ميراثها بتركه كما لو حلف عليها لترك ما لا بد لها من فعله ففعلته .

(فصل) إذا حلف ليفعلن شيئاً ولم يعين له وقتاً بلفظه ولا بنيته فهو على التراخي أيضاً ، فإن لفظه مطلق بالنسبة إلى الزمان كله فلا يتقيد بدون تقييده ولذلك لما قال الله تعالى في الساعة (قل بلى وربى لتأتينكم) وقال (قل بلى وربى لتبعثن ممن لتنبئن بما عملتم) ولما قال (لتدخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمنين) كان ذلك على التراخي . فإن الآية أنزلت في نوبة الحديدية في سنة ست و قاتر الفتح إلى سنة ثمان . ولذلك روى عن عمر أنه قال : قلت للنبي صلى الله عليه وسلم أو ليس كنت تحدثنا أنا سنأتى البيت ونطوف به ؟ قال بلى : فأخبرتكم أنكم آتية العام ؟ قلت : لا ، قال : فإنكم آتية ومطوف به ، وهذا مما لا خلاف فيه نعلمه .

(فصل) إذا قال لامرأته أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم ولم يطلقها طلقت إذا بقي من اليوم ما لا ينشع لتطبيقها فيه على مقتضى هذه المسألة واحد ،

اختيار أبي الخطاب وقول أصحاب الشافعي وحكي القاضي فيها وجهين هذا ووجهاً آخر أن الطلاق لا يقع ، وحكي ذلك عن أبي بكر وابن سريج لأن محل الطلاق اليوم ولا يوجد شرط طلاقها إلا بخروجه فلا يبقى من محل طلاقها ما يقع الطلاق فيه .

ولنا : أن خروج اليوم يفوت به طلاقها فوجب وقوعه قبله في آخر وقت الإمكان كوت أحدهما في اليوم . وذلك لأن معنى يمينه إن فاتني طلاقك اليوم فأنت طالق فيه فإذا بقي من اليوم ما لا يتسع لتطبيقها فقد فات طلاقها فيه فوقع حينئذ كما يقع طلاقه في مسألتنا في آخر حياة أولها موتاً ، وما ذكرناه باطل بما لو مات أحدهما في اليوم فإن محل طلاقها يفوت بموته ، ومع ذلك فإن الطلاق يقع قبيل موته كذا ههنا ، ولو قال لها : أنت طالق اليوم إن لم أتزوج عليك اليوم ، أو إن لم أشتري لك اليوم ثوباً ففيه الوجهان ، والصحيح منهما وقوع الطلاق بها إذا بقي من اليوم ما لا يتسع لفعل المحلوف عليه فيه ، وإن قال لها : أنت طالق إن لم أطلقك اليوم طلقت بغير خلاف وفي محل وقوعه وجهان .

(أحدهما) في آخر اليوم (والثاني) بعد خروجه . وإن قال : أنت طالق اليوم إن لم أطلقك فهو كقوله أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم لأنه جعل عدم طلاقها شرطاً لطلاقها اليوم والشرط يتقدم المشروط .

(فصل) وإن قال لعبد أن لم أبعك اليوم فأمرأتى طالق اليوم ولم يبعه حتى خرج اليوم ففيه الوجهان ، وإن أعتق العبد أو مات أو مات الخالف أو المرأة في اليوم طلقت زوجته حينئذ لأنه قد فات بيعه وإن دبره أو كاتبه لم تطلق امرأته لأن بيعه جائز ومن منع بيعهما قال يقع الطلاق بذلك كما لو مات ، وإن وهب العبد لإنسان لم يقع الطلاق لأنه يمكن عوده إليه فيبيعه فلم يفوت بيعه ، ولو قال : إن لم أبع عبدى فأمرأتى طالق ولم يقيد به باليوم فكاتب العبد لم يقع الطلاق ، لأنه يمكن عجزه فلم يعلم فوات البيع فإن عتق بالكفاية أو غيرها وقع الطلاق حينئذ لأنه فات بيعه .

« مسألة ، قال (وإن قال كلما لم أطلقك فأنت طالق وقع بها الثلاث في الحال إذا كان مدخولا بها)

إنما كان كذلك لأن كلما تقتضي التكرار قال الله تعالى (كلما جاء أمة رسولها كذبوه) وقال (كلما دخلت أمة لعنت أختها) فيقتضي تكرار الطلاق تكرار الصفة والصفة عدم تطليقه لها ، فإذا مضى بعد يمينه زمن يمكن أن يطلقها فيه فلم يطلقها فقد وجدت الصفة فيقع طلاقه وتبعتها الثانية والثالثة إن كانت مدخولا بها ، وإن لم تكن مدخولا بها بانت بالاولى ولم يلزمها ما بعدها ، لأن البائن لا يلحقها طلاق فأما إذا قال إن لم أطلقك فأنت طالق أو متى لم أطلقك أو أى وقت لم أطلقك فأنت طالق فإنها تطلق واحدة ولا يتكرر إلا على قول أبي بكر في « متى » فإنه يراها للتكرار فيتكرر الطلاق بها مثل كلما إلا أن « متى » و « أى » وقت يقتضيان الطلاق على الفور فمتى مضى زمن يمكن أن يطلقها فيه ولم يطلقها طلقت في الحال وأما « إذا » ففيها وجهان . أحدهما : هي على الفور لأنها اسم وقت فهي كمتى . والثاني : أنها على التراخي لأنها كثر استعمالها في الشرط فهي كإن ، فعلى هذا إذا قال إذا لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتاً لم تطلق إلا في آخر جزء من حياة أحدهما . وإن قال متى لم أحلف بطلاقك فأنت طالق أو أى وقت لم أحلف بطلاقك فأنت طالق وكرره ثلاثاً متواليات طلقت مرة واحدة لأنه لم يحث في المرة الأولى ولا الثانية لكونه حلف عقبيهما وحث في الثالثة وإن سكت بين كل يمينين سكوتاً يمكنه الحلف فيه طلقت ثلاثاً وإن قال ذلك بلفظة « إذا » قلنا هي على الفور فهي كمتى وإلا لم تطلق إلا واحدة في آخر حياة أحدهما .

(فصل) والحروف المستعملة للشرط وتعليق الطلاق بها ستة : إن وإذا ومتى ومن وأى وكلما . فمتى علق الطلاق بإيجاد فعل بواحد منها كان على التراخي مثل قوله : إن خرجت وإذا خرجت ومتى خرجت وأى حين وأى زمان وأى وقت خرجت وكلما خرجت ، ومن خرجت منسكن وأيتسكن خرجت فهي طالق . فمتى وجد الخروج طلقت ، وإن مات أحدهما سقطت اليمين ، فأما إن علق الطلاق بالنفي بواحد من هذه الحروف كانت إن على التراخي ، ومتى وأى ومن وكلما على الفور لأن قوله متى

دخلت فأنت طالق يقتضى أى زمان دخلت فأنت طالق وذلك شائع فى الزمان كله
فأى زمن دخلت وجدت الصفة ، وإذا قال متى لم تدخل فأنت طالق فإذا مضى عقيب
اليمين زمن لم تدخل فيه وجدت الصفة فإنها اسم لوقت الفعل فيقدر به ، ولهذا يصح
السؤال به فيقال متى دخلت ؟ أى أى وقت دخلت وأما إن فلا تقتضى وقتاً ، فقوله
إن لم تدخل لا يقتضى وقتاً إلا ضرورة أن الفعل لا يقع إلا فى وقت فهو مطلقة فى
الزمان كله . وأما إذا فقيها وجهان أحدهما : هى على التراخي وهو قول أبى حنيفة
ونصره القاضى لأنها تستعمل شرطاً بمعنى « إن » ، قال الشاعر :

استغن ما أغناك ربك بالغنى وإذا تصبك خصاصة فتجمل

فجزم بها كما يجزم بإن ولأنها تستعمل بمعنى متى وإن ، وإذا احتملت الأمرين
فاليقين بقاء النكاح فلا يزول بالاحتمال . والوجه الآخر أنها على الفور وهو قول
أبى يوسف وعبد وهو المنصوص عن الشافعى لأنها اسم لزمن مستقبل فتكون
كمتى ، وأما المجازاة بها فلا تخرجها عن موضوعها فإن متى يجازى بها ، ألا ترى
الى قول الشاعر :

متى تأته تعشو الى ضوء ناره تجد خير نار عندها خير موقد

ومن يجازى بها أيضاً ، وكذلك أى وسائر الحروف وليس فى هذه الحروف
ما يقتضى التكرار الا كلها ، وذكر أبو بكر فى متى أنها تقتضى التكرار أيضاً لأنها
تستعمل للتكرار بدليل قوله :

متى تأته تعشو الى ضوء ناره تجد خير نار عندها خير موقد

أى فى كل وقت ولأنها تستعمل فى الشرط والجزاء ومتى وجد الشرط ترتب عليه
جزاؤه ، والصحيح أنها لا تقتضيه لأنها اسم زمن بمعنى أى وقت وبمعنى إذا فلا تقتضى
ما لا يقتضيه وكونها تستعمل للتكرار فى بعض أحيانها لا يمنع استعمالها فى غيره
مثل إذا وأى وقت فإنهما يستعملان فى الأمرين قال الله تعالى (وإذا رأيت الذين
يخوضون فى آياتنا فأعرض عنهم) (وإذا جاءك الذين يؤمنون بآياتنا فقل سلام عليكم)
(وإذا لم تأتهم بآية قالوا لولا اجتبيتها) وقال الشاعر :

قوم اذا الشر أبدى فاجذبه لهم طاروا إليه زرافات ووحدانا

وكذلك أى وقت وأى زمان فانهما يستعملان للتكرار وسائر الحروف

يجازى بها إلا أنها لما كانت تستعمل للتكرار وغيره لا تحمل على التكرار إلا بدليل كذلك متى .

(فصل) وهذه الحروف اذا تقدم جزاؤها عليها لم تحتج الى حرف فى الجزاء كقوله أنت طالق ان دخلت الدار ، وان تأخر جزاؤها احتاجت فى الجزاء الى حرف الفاء إذا كان جملة من مبتدأ وخبر كقوله ان دخلت الدار فأنت طالق وإنما اختصت بالفاء لأنها للتعقيب فتربط بين الجزاء وشرطه وتدل على تعقيقه به فإن قال ان دخلت الدار فأنت طالق لم تطلق حتى تدخل ، وبه قال بعض الشافعية . وقال محمد بن الحسن تطلق فى الحال لأنه لم يعلقه بدخول الدار لأنه إنما يتعلق بالفاء وهذه لاء فاء فيها فيكون كلاما مستأنفا غير معلق بشرط فيثبت حكمه فى الحال .

ولنا : أنه أتى بحرف الشرط فيدل ذلك على أنه أراد التعليق به وإنما حذف الفاء وهى مرادة كما يحذف المبتدأ تارة ويحذف الخبر أخرى لدلالة باقى الكلام على المحذوف ، ويجوز أن يكون حذف الفاء على التقديم والتأخير فكأنه أراد أنت طالق ان دخلت الدار فقدم الشرط ومراده التأخير . ومهما أمكن حمل كلام العاقل على فائدة وتصحيحه عن الفساد وجب ، وفيما ذكرنا تصحيحه ، وفيما ذكرناه إلغاؤه ، وإن قال أردت الإيقاع فى الحال وقع لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ ، وإن قال أنت طالق وإن دخلت الدار وقع الطلاق فى الحال لأن معناه أنت طالق فى كل حال ولا يمنع من ذلك دخولك الدار كقول النبي صلى الله عليه وسلم : من قال لا إله إلا الله دخل الجنة وإن زنى وإن سرق ، وقال : صلهم وإن قطعوك وأعظمهم وإن حرموك ، وإن قال أردت الشرط دين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين ، فإذا قال ان دخلت الدار فأنت طالق وإن دخلت الأخرى فمتى دخلت الأولى طلقت سواء دخلت الأخرى أو لم تدخل ولا تطلق بدخول الأخرى .

وقال ابن الصباغ تطلق بدخول كل واحدة منهما ، وقد ذكرنا أن مقتضى اللغة ما قلناه ، وإن قال أردت جعل الثانى شرطا لطلاقها أيضا طلقت بكل واحد منهما لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ ، وإن قال أردت أن دخول الثانية شرط لطلاق

الثانية فهو على ما أراده ، وإن قال أنت طالق إن دخلت الدار وإن دخلت الأخرى طلقت بدخول إحداهما لأنه عطف شرطاً على شرط ، فإن قال أردت أن دخول الثانية يمنع وقوع الطلاق قبل منه لأنه محتمل وطلقت بدخول الأولى وحدها ، وإن قال إن دخلت الدار وإن دخلت هذه الأخرى فأنت طالق فقد قيل لا تطلق إلا بدخولها لأنه جعل طلاقها جزاء لذين الشرطين ويحتمل أن تطلق بأحدهما أيهما كان لأنه ذكر شرطين بحرفين فيقتضى كل واحد منهما جزاء فترك ذكر جزاء الأول . وكان الجزاء الآخر دالاً عليه كما لو قال ضربت وضربني زيد قال الفرزدق :

ولكن نصفاً لو سببت وسبني بنو عبد شمس من قریش وهاشم
والتقدير سبني هؤلاء وسببتهم ، وقال الله تعالى (عن اليمين وعن الشمال قعيد) أي عن اليمين قعيد وعن الشمال قعيد ، وإن قال إن دخلت الدار وأنت طالق طلقت لأن الواو ليست للجزاء وقد تكون للابتداء فإن قال أردت بها الجزاء أو قال أردت أن أجعل دخولها في حال كونها طالقاً شرطاً لشيء ثم أمسكت دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين ، وإن جعل لهذا جزاء فقال إن دخلت الدار وأنت طالق فعبدي حر صرح ولم يعتق العبد حتى تدخل الدار وهي طالق لأن الواو ههنا للحال كقول الله تعالى : (لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم) وقوله (فقد رأيتموه وأنتم تنظرون) ولو قال أنت طالق إن دخلت الدار طالقاً فدخلت وهي طالق طلقت أخرى ، وإن دخلتها غير طالق لم تطلق لأن هذا حال يجري مجرى قوله أنت طالق إن دخلت الدار راكبة ، وإن قال أنت طالق لو قتت كان ذلك شرطاً بمنزلة قوله إن قتت وهذا يحكى عن أبي يوسف ، ولأنها لو لم تكن للشرط كانت لغواً والأصل اعتبار كلام المكلف ، وقيل يقع الطلاق في الحال ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لأنها بعد الإثبات تستعمل لغير المنع كقوله تعالى : (ولأنه لقسم لو تعلمون عظيم) (ورأوا العذاب لو أنهم كانوا يهتدون) وإن قال أردت أن أجعل لها جواباً دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين .

(فصل) فإن قال إن أكلت ولبست فأنت طالق لم تطلق إلا بوجودهما جميعاً سواء تقدم الأكل أو تأخر لأن الواو للعطف ولا تقتضى ترتيباً ، وإن قال إن أكلت أو لبست فأنت طالق طلقت بوجود أحدهما لأن أو لأحد الشئيين وكذلك إن قال إن أكلت أو إن لبست أو لا أكلت ولا لبست وإن قال أنت طالق لا أكلت ولبست لم تطلق إلا بفعلهما إلا على الرواية التي تقول يحذف بفعل بعض المحلوف عليه فإنه يحذف بأحدهما مهنا ، وإن قال أنت طالق إن أكلت فلبست أو إن أكلت ثم لبست لم تطلق حتى تأكل ثم تلبس لأن الفاء وثم للترتيب ، وإن قال أنت طالق إن أكلت إذا لبست أو إن أكلت متى لبست أو إن أكلت إن لبست لم تطلق حتى تلبس ثم تأكل لأن اللفظ اقتضى تعليق الطلاق بالأكل بعد اللبس ويسميه النحويون اعتراض الشرط على الشرط فيقتضى تقديم المتأخر وتأخير المتقدم لأنه جعل الثاني في اللفظ شرطاً للذي قبله ، والشرط يتقدم المشروط قال الله تعالى (ولا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم إن كان الله يريد أن يغويكم) فلو قال لامرأته إن أعطيتك إن وعدتك إن سألتني فأنت طالق لم تطلق حتى تسأله ثم يعدها ثم يعطيها لأنه شرط في العطية الوعد وفي الوعد السؤال فكأنه قال إن سألتني فوعدتك فأعطيتك فأنت طالق . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال القاضي إذا كان الشرط بإذا كقولنا وفيما إذا كان بإن مثل قوله إن شربت إن أكلت أنها تطلق بوجودهما كيفما وجدا لأن أهل العرف لا يعرفون ما يقوله أهل العربية في هذا فتعلقت اليمين بما يعرفه أهل العرف بخلاف ما إذا كان الشرط بأذا . والصحيح الأول وليس لأهل العرف في هذا عرف فإن هذا الكلام غير متداول بينهم ولا ينطقون به إلا نادراً فيجب الرجوع فيه إلى مقتضاه عند أهل الشأن (١) كسائر مسائل هذا الفصل .

(فصل) فإن قال أنت طالق أن قت بفتح الهمزة فقال أبو بكر تطلق في الحال لأن أن المفتوحة ليست للشرط وإنما هي للتعليل فعناه أنت طالق لأنك قت أو لقيامك كقول الله تعالى (يمنون عليك أن أسلموا) (وتخر الجبال هدأ

(١) في نسخة عند أهل اللسان

أن دعوا للرحمن ولداً) (وتخرجون الرسول وإياكم أن تؤمنوا بالله ربكم) وقال القاضى : قياس قول أحد أنه إن كان نحويًا وقع طلاقه وإن لم يكن نحويًا فهو للشرط لأن العامى لا يريد بذلك إلا الشرط ولا يعرف أن مقتضاها التعليل فلا يريد فلا يثبت له حكم ما لا يعرفه ولا يريد كما لو نطق بكلمة الطلاق بلسان لا يعرفه ، وحكى عن ابن حامد أنه قال فى النحوى أيضاً لا يقع طلاقه بذلك إلا أن ينويه لأن الطلاق يحمل على العرف فى حقهما جميعاً .

واختلاف أصحاب الشافعى على ثلاثة أوجه ، أحدها : يقع طلاقه فى الحال ، والثانى : يكون شرطاً فى حق العامى وتعليلاً فى حق النحوى . والثالث : يقع الطلاق إلا أن يكون من أهل الأعراب فيقول أردت الشرط فيقبل لأنه لا يجوز صرف الكلام عما يقتضيه إلا بقصده .

وإن قال أنت طالق إذ دخلت الدار طلقت فى الحال لأن إذ للماضى . ويحتمل أن لا يقع لأن الطلاق لا يقع فى زمن ماض فأنشبه قوله أنت طالق أمس . (فصل) وإذا علق الطلاق بشرطين لم يقع قبل وجودهما جميعاً فى قول عامة أهل العلم . وخرج القاضى وجهاً فى وقوعه بوجود أحدهما بناء على إحدى الروايتين فيمن حلف أن لا يفعل شيئاً ففعل بعضه : وهذا بعيد جداً يخالف الأصول ومقتضى اللغة والعرف وعامة أهل العلم . فإنه لا خلاف بينهم فى المسائل التى ذكرناها فى الشرطين جميعاً ، وإذا اتفق العلماء على أنه لا يقع طلاقه لإخلاله بالترتيب فى الشرطين المرتبين فى مثل قوله إن أكلت ثم لبست فلاخلاله بالشرط كله أولى . ثم يلزم على هذا ما لو قال إن أعطيتى درهمين فأنت طالق ، وإذا مضى شهران فأنت طالق فإنه لا خلاف فى أنها لا تطلق قبل وجودهما جميعاً ، وكان قوله يقتضى أن يقع الطلاق بإعطائه بعض درهم ومضى بعض يوم ، وأصول الشرع تشهد بأن الحكم المعاق بشرطين لا يثبت إلا بهما .

وقد نص أحمد على أنه إذا قال إن حضت حيضة فأنت طالق وإذا قال إذا صمت يوماً فأنت طالق أنها لا تطلق حتى تحيض حيضة كاملة وإذا غابت الشمس من اليوم الذى تصوم فيه طلقت وأما اليمين فإنه متى كان فى لفظه أو نيته ما يقتضى

جميع المخوف عليه لم يحدث إلا بفعل جميعه ، وفي مسألتنا ما يقتضى تعليق الطلاق بالشرطين معاً لتصريحه بهما وجمعهما شرطاً للطلاق والحكم لا يثبت بدون شرطه على أن اليمين مقتضاها المنع مما حلف عليه فيقتضى المنع من فعل جميعه انتهى الشارع عن شيء يقتضى المنع من كل جزء منه كما يقتضى المنع من جملة ، وما علق على شرط جعل جزاءاً وحكماً له والجزاء لا يوجد بدون شرطه ، والحكم لا يتحقق قبل تمام شرطه لغة وعرفاً وشرعاً .

(فصول في تعليق الطلاق)

إذا قال لامرأته إن حضت فأنت طالق فقالت قد حضت فصدقها طلقت وإن كذبها ففيه روايتان .

إحدهما : يقبل قولها لأنها أمانة على نفسها وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وهو ظاهر المذهب ، لأن الله تعالى قال : (ولا يحل لمن أن يكتمن ما خالق الله في أرحامهن) قيل هو الحيض والحمل ولولا أن قولها فيه مقبول لما حرم عليها كتمانها وصار هذا كما قال الله تعالى (ولا تكتموا الشهادة) لما حرم كتمانها دل على قبولها كذا ههنا ، ولأنه معنى فيها لا يعرف إلا من جهتها فوجب الرجوع إلى قولها فيه كقضاء عدتها .

والرواية الثانية : لا يقبل قولها ويختبرها النساء بإدخال قطنه في الفرج في الزمان الذي ادعت الحيض فيه ، فإن ظهر الدم فهي حائض وإلا فلا ، وقال أحمد في رواية مهنا في رجل قال لامرأته إذا حضت فأنت طالق وعبدى حر قالت قد حضت ينظر إليها النساء فتعطى قطنه وتخرجها فإن خرج الدم فهي حائض تطلق ويعتق العبد ، وقال أبو بكر وبهذا أقول وهذا لأن الحيض يمكن التوصل إلى معرفته من غيرها فلم يقبل فيه مجرد قولها كدخول الدار والأول المذهب ولعل أحمد إنما اعتبر البيئة في هذه الرواية من أجل عتق العبد فإن قولها إنما يقبل في حق نفسها دون غيرها وهل يعتبر يمينها إذا قلنا القول قولها ؟ على وجهين بناء على ما إذا ادعت أن زوجها طلقها فأنكرها ولا يقبل قولها إلا في حق نفسها خاصة دون غيرها من طلاق أخرى أو عتق عبد نص عليه أحمد في رجل قال لامرأته إذا حضت فأنت طالق وهذه معك

لامرأته الأخرى قالت قد حضت من ساعتها أو بعد ساعة تطلق هي ولا تطلق هذه حتى تعلم لأنها مؤمنة على نفسها ولا يجعل طلاق هذه بيدها وهذا مذهب الشافعي وغيره لأنها مؤمنة في حق نفسها دون غيرها فصارت كالمودع يقبل قوله في الرد على المودع دون غيره ولو قال قد حضت فأنكرته طلقت بإقراره ، وإن قال إن حضت فأنت وضرتك طالقتان فقالت قد حضت فصدقتها طلقتا بإقراره ، وإن كذبها طلقت وحدها ، وإن ادعت الضرة أنها قد حاضت لم يقبل لأن معرفتها بحيض غيرها كعرفة الزوج به وإنما اتهمت على نفسها في حيضها ، وإن قال قد حضت فأنكرت طلقتا بإقراره ، ولو قال لامرأتي إن حضت فأتتا طالقتان فقالتا قد حضنا فصدقهما طلقتا ، وإن كذبهما لم تطلق واحدة منهما لأن طلاق كل واحدة منهما معلق على شرطين حيضها وحيض ضررتها ولا يقبل قول ضررتها عليها فلم يوجد الشرطان ، وإن صدق إحداها وكذب الأخرى طلقت المكذبة وحدها لأن قولها مقبول في حقها وقد صدق الزوج ضررتها فوجد الشرطان في طلاقها ولم تطلق المصدقة لأن قول ضررتها غير مقبول في حقها وما صدقها الزوج فلم يوجد شرط طلاقها .

(فصل) فإن قال لأربع إن حضتن فأنتن طوالق فقلن قد حضنا فصدقهن طلقن وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن لأن شرط طلاقهن حيض الأربع ولم يوجد ، وإن صدق واحدة أو اثنتين لم تطلق واحدة منهن لأنه لم يوجد الشرط ، وإن صدق ثلاثا طلقت المكذبة وحدها لأن قولها مقبول في حيضها وقد صدق الزوج صوابها فوجد حيض الأربع في حقها فطلقت ولا يطلق المصدقات لأن قول المكذبة غير مقبول في حقهن .

(فصل) وإن قال لمن كلما حاضت إحداكن أو أيتسكن حاضت فضررتها طوالق فقلن قد حضنا فصدقهن طلقت كل واحدة منهن ثلاثا ثلاثا ، وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن ، وإن صدق واحدة طلقت كل واحدة من ضررتها طلقة ولم تطلق هي لأنه لم يثبت حيض ضرة لها وإن صدق اثنتين طلقت كل واحدة من المصدقين طلقة لأن لكل واحدة منهما ضرة مصدقة وطلقت كل واحدة من المكذبتين طلقتين طلقتين ، وإن صدق ثلاثا طلقت المكذبة ثلاثا وطلقت كل واحدة من المصدقات طلقتين طلقتين .

(فصل) إذا قال لظاهر إذا حضت فأنت طالق فرأت الدم في وقت يمكن أن يكون حيضاً حكماً بوقوع الطلاق كما يحكم بكونه حيضاً في المنع من الصلاة وغيرها مما يمنع من الحيض ، وإن بان أنه ليس بحيض لانتقاعه لدون أقل الحيض بان أن الطلاق لم يقع وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي قال ابن المنذر لانعلم أحداً قال غير ذلك إلا مالكا فإن ابن القاسم روى عنه أنه يحنث حين تكلم به وقد سبق الكلام معه في هذا . وإن قال لحائض إذا حضت فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض ولو قال لظاهر إذا تطهرت فأنت طالق لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر وهذا يحكى عن أبي يوسف .

وقال بعض أصحاب الشافعي الذي يقتضيه مذهب الشافعي أنها تطلق بما يتجدد من حيضها وطهرها في المسألتين لأنه قد وجد منها الحيض والطهر فوق الطلاق لوجود صفته .

ولنا : أن إذا سم زمن مستقبل يقتضي فعلا مستقبلا وهذا الحيض والطهر مستدام غير متجدد ولا يفهم من إطلاق حاضت المرأة وطهرت إلا ابتداء ذلك فتعلقت الصفة به ، ولو قال لظاهر إذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر نص عليه أحمد لأنه لا توجد حيضة كاملة إلا بذلك ، ولو قال لحائض إذا طهرت فأنت طالق طلقت بأول الطهر وتطابق في الموضعين بانقطاع دم الحيض قبل الغسل . نص عليه أحمد في رواية إبراهيم الحربي ، وذكر أبو بكر في التنبيه فيها قولا أنها لا تطلق حتى تغتسل بناء على أن العدة لا تنقضي بانقطاع الدم حتى تغتسل .

ولنا : أن الله تعالى قال (ولا تقربوهن حتى يطهرن) أي ينقطع دمه (فإذا تطهرن) أي اغتسلن ولأنه قد ثبت لها أحكام الطاهرات في وجوب الصلاة وصحة الطهارة والصيام وإنما بقي بعض الأحكام موقوفا على وجود الغسل ولأنها ليست حائضا فيلزم أن تكون طاهرا لأنهما ضدان على التعيين فيلزم من انتفاء أحدهما وجود الآخر .

(فصل) فإن قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق وإذا حضت حيضتين فأنت طالق لحاضت حيضة طلقت واحدة ، فإذا حاضت الثانية طلقت الثانية

عند طهرها منها ، وإن قال إذا حضت حيضة فأنت طالق ثم إذا حضت حيضتين فأنت طالق لم تطلق الثانية حتى تطهر من الحيضة الثالثة لأن ثم للترتيب فتقتضى حيضتين بعد الطلقة الأولى لكونهما مرتبتين عليها .

(فصل) فإن قال : إذا حضت نصف حيضة فأنت طالق طلقت إذا ذهب نصف الحيضة ، وينبغي أن يحكم بوقوع الطلاق إذا حاضت نصف عادتها ، لأن الأحكام تعلقت بالعادة فيتعلق بها وقوع الطلاق ، ويحتمل أنه لا يحكم بوقوع الطلاق حتى يمضي سبعة أيام ونصف لأننا لا نتيقن مضي نصف الحيضة إلا بذلك إلا أن تطهر لأقل من ذلك : ومتى طهرت تينا وقوع الطلاق في نصف الحيضة وقيل : يلغو قوله نصف حيضة ويبقى طلاقها معلقا بوجود الحيض والأول أصح ، فإن الحيض له مدة أقلها يوم وليلة وله نصف حقيقة ، والجهل بقدر ذلك لا يمنع وجوده وتعلق الحكم به كالحمل .

(فصل) وإن قال لا مرأيتيه إذا حضتا حيضة واحدة فأنتما طالقتان لم تطلق واحدة منهما حتى تحيض كل واحدة منهما حيضه واحدة ويكون التقدير إن حاضت كل واحدة منكما حيضه واحدة فأنتما طالقتان ، كقول الله تعالى (فاجلدوهم ثمانين جلدة) أى اجدوا كل واحد منهم ثمانين ويحتمل أن يتعلق الطلاق بحيض إحداها حيضه لأنه لما تعذر وجود الفعل منهما وجبت إضافته إلى إحداها كقوله تعالى (يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان) وإنما يخرج من أحدهما ، وقال القاضي : يلغو قوله حيضه واحدة لأن حيضه واحدة من امرأتين محال فيبقى كأنه قال : إن حضتا فأنتما طالقتان وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والوجه الآخر ، لا تمقد هذه الصفة لأنها مستحيلة فتصير كتعليق الطلاق بالمستحيلات والوجه الأول لأن فيه تصحيح كلام المسكف بحمله على حمل سائغ وتبديد لوقوع الطلاق ، واليقين بقاء النكاح فلا يزول حتى يوجد ما يقع به الطلاق يقينا ، وغير هذا الوجه لا يحصل به اليقين ، فإن أراد بكلامه أحد هذه الوجوه حمل عليه ، وإذا ادعى ذلك قبل منه وإذا قال : أردت أن تكون الحيضة الواحدة منهما فهو تعليق الطلاق بمستحيل فيحتمل أن يلغو قوله : حيضه ، ويحتمل أن لا يقع الطلاق لأن هذه الصفة لا توجد فلا يوجد

ما علق عليها ، ويحتمل أن يقع في الحال ، ويلغو الشرط بناء على ما ذكرناه في تعليق
الطلاق على المستحيل .

(فصل) وإذا كان له أربع نسوة فقال : أيتكن لم أطاها فضرائها طواق
وقيده بوقت ، فمضى الوقت ولم يطأ من طلق ثلاثا ثلاثا ، لأن لكل واحدة
ثلاث ضرائر موطوءات ، وإن وطئ ثلاثا وترك واحدة لم تطلق المتروكة لأنها
ليست لها ضرة غير موطوءة ، وتطلق كل واحدة من الموطوءات طلقة طلقة ،
وإن وطئ اثنتين طلقا طلقتين ، وطلقت المتروكتان طلقة طلقة ، وإن وطئ
واحدة طلقت ثلاثا وطلقت كل واحدة من المتروكات طلقتين ، وإن لم يقيده
بوقت كان وقت الطلاق مقيدا بعمره وعمرهن ، فأيتهن ماتت طلقت كل واحدة من
ضرائها طلقة طلقة ، وإذا ماتت أخرى فكذلك ، وإن مات هو طلقن كلهن في آخر
جزء من حياته .

(فصل) فإن قال : إن لم تكوني حاملا فأنت طالق ولم تكن حاملا طلقت ،
وان أنت بولد لأقل من ستة أشهر من حين اليمين أو لأقل من أربع سنين ولم يكن
يطاها لم تطلق لأننا تبينا أنها كانت حاملا بذلك الولد ، وان مضت أربع سنين ولم تلد
تبينا أنها طلقت حين عقد اليمين ، وان كان يطوها وأنت بولد لأكثر من ستة أشهر
وأقل من أربع سنين نظرت ، فإن ظهرت علامات الحمل من انقطاع الحيض ونحوه
قبل وطئه أو قريبا منه بحيث لا يحتمل أن يكون من الوطء الثاني لم تطلق ، وان
حاضت أو وجد ما يدل على برامتها من الحمل طلقت ، وان لم يظهر ذلك واحتمل أن
من الثاني فنيه وجهان . أحدهما : تطلق لأن الأصل عدم الحمل قبل الوطء .
والثاني : لا تطلق لأن اليقين بقاء النكاح ، فلا يزول بشك واحتمال ، ولا يجوز
للزوج وطؤها قبل الاستبراء ، لأن الأصل عدم الحمل ووقوع الطلاق ، والا
استبرأها ههنا بحيضة . فإن وجدت الحيضة على عاداتها تبينا وقوع طلاقها ، وان لم
تأت في عاداتها ، كان ذلك دليلا على حملها وحل وطئها ، وان قال : ان كنت حاملا
فأنت طالق ، فهي عكس المسألة التي قبلها ، ففي الموضع الذي يقع الطلاق ثم لا يقع
ههنا ، وفي الموضع الذي لا يقع ثم يقع ههنا إلا أنها اذا أت بولد لأكثر من ستة
أشهر من حين وطء الزوج بعد اليمين ، ولأقل من أربع سنين من حين عقد الصفة

لم تطلق لأن تعين النكاح باق ، والظاهر حدوث الولد من الوطء لأن الأصل عدمه قبله . ولا يحل له الوطء حتى يستبرئها . نص عليه أحمد . قال القاضي : يحرم الوطء سواء قلنا الرجعية مباحة أو محرمة لأنه يمنع المعرفة بوقوع الطلاق وعدمه ، وقال أبو الخطاب : فيه رواية أخرى ، لا يحرم الوطء لأن الأصل بقاء النكاح وبرائة الرحم من الحمل ، وإذا استبرأها حل ووطؤها على الروایتين ويكون الاستبراء بحيضة . قال أحمد في رواية أبي طالب إذا قال لامرأته : متى حملت فأنت طالق لا يقربها حتى تحيض ، فإذا طهرت ووطئها ، فإن تأخر حيضها أريت النساء من أهل المعرفة ، فإن لم يوجدن أو خفي عليهن انتظر عليها تسعة أشهر غالب مدة الحمل . وذكر القاضي فيها رواية أخرى أنها تستبرأ بثلاثة أقراء ، ولأنه استبراء الحرة وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . والصحيح ما ذكرناه لأن المقصود معرفة براءة رحمها وقد حصل بحيضة ، ولهذا قال عليه السلام : لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة ، يعني تعلم براءتها بحيضة ، ولأن ما يعلم به البراءة في حق الأمة والحرة واحد لأنه أمر حقيقي لا يختلف بالحرية والرق ، وأما العدة ففيها نوع تعبد لا يجوز أن تعتد بالقياس ، وهل تعتد بالاستبراء قبل عقد اليمين أو بالحيضة التي حلف فيها ؟ على وجهين أصحهما الاعتداد به لأنه يحصل به ما يحصل بالاستبراء بعد اليمين . والثاني . لا يعتد به . لأن الاستبراء لا يتقدم على سببه ولأنه لا يعتد به في استبراء الأمة . قال أحمد إذا قال لامرأته : إذا حملت فأنت طالق يوطؤها في كل طهر مرة ، يعني إذا حاضت ثم طهرت حل ووطؤها لأن الحيض علم على براءتها من الحمل ووطؤها سبب له ، فإذا وطئها اعتزلها لاحتمال أن تكون قد حملت من وطئه فطلقت به .

(فصل) إذا قال : إن كنت حاملاً بغلام فأنت طالق واحدة ، وإن ولدت أنثى فأنت طالق اثنتين فولدت غلاماً كانت حاملاً به وقت اليمين تبيناً أنها طلقت واحدة حين حلف وانقضت عدتها بوضعها ، وإن ولدت أنثى طلقت بولادتها طلقتين واعتدت بالقروء ، وإن ولدت غلاماً وجارية وكان الغلام أولها ولادة تبيناً أنها طلقت واحدة وبانت بوضع الجارية ولم تطلق بها ، وإن كانت الجارية أولها ولادة طلقت ثلاثاً واحدة بحمل الغلام واثنين بولادة الجارية وانقضت عدتها بوضع

الغلام ، وإن قال لها إن كنت حاملاً بغلام فأنت طالق واحدة ، وإن كنت حاملاً بجارية ، فأنت طالق اثنتين ، فولدت غلاماً وجارية ، طلقت ثلاثاً .

وإن قال : إن كان حملك غلاماً ، فأنت طالق واحدة ، إن كان حملك جارية ، فأنت طالق اثنتين ، فولدت غلاماً وجارية لم تطلق ، لأن حملها كله ليس بغلام ولا هو جارية ، ذكره القاضى فى المجرى وأبو الخطاب ، وبه قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وقال القاضى فى الجامع : فى وقوع الطلاق وجهان بناء على الروايتين فيمن حلف لا أبست ثوباً من غزلها . فلبس ثوباً فيه من غزلها .

(فصل) فإن قال . كلما ولدت ولداً فأنت طالق ، فولدت ثلاثاً دفعة واحدة طلقت ثلاثاً ، لأن صفة الثلاث وجدت وهى زوجة ، وإن ولدتهم فى دفعات من حمل واحد ، طلقت بالاولين وبانت بالثلاث ولم تطلق ، ذكره أبو بكر وهو قول الشافعى وأصحاب الرأى ، وحكى عن ابن حامد أنها تطلق ، لأن زمان البينونة زمن الوقوع ، ولا تنافى بينهما .

ولنا : أن العدة انقضت بوضع الحمل فصادفها الطلاق بائناً فلم يقع ، كما لو قال : إذا مت فأنت طالق : وقد نص أحمد فيمن قال : أنت طالق مع موتى أنها لا تطلق فهذا أولى . وإن قال : إن ولدت ذكرأ فأنت طالق واحدة ، وإن ولدت أنثى فأنت طالق اثنتين ، فولدتها دفعة واحدة طلقت ثلاثاً ، وإن ولدتهما فى دفعتين وقع بالاول ما علق عليه ، وبانت بالثانى ولم يقع به شيء إلا على قول ابن حامد ، فإن أشكل الاول منهما أو كيفية وضعهما طلقت واحدة بيقين ، ولا تلزمه الثانية والورع أن يلتزمها ، وهذا قول الشافعى وأصحاب الرأى ، وقال القاضى : قياس المذهب أن يقرع بينهما .

وإن قال : إن كان أول ما تلدين ذكر ، فأنت طالق واحدة ، وإن كان أنثى فأنت طالق اثنتين فولدتها دفعة واحدة لم يقع بها شيء لأنه لا أول فيهما فم توجد الصفة ، وإن ولدتهما فى دفعتين وقع بالاول ما علق عليه ولم يقع بالثانى شيء .

(فصل) فإن كان له أربع نسوة فقال : كلما ولدت واحدة منكن فضرأثرها

طوالق ، فولدت دفعة واحدة طلقن كلهن ثلاثا ثلاثا ، وإن ولدن في دفعات وقع بضرائر الأولى طلقة طلقة . فإذا ولدت الثانية بابت بوضعه ولم تطلق ، وهل يطلق سائرهن ؟ فيه احتمالان . أحدهما : لا يقع بهن طلاق لأنها لما انقضت عدتها بابت فلم يبقين ضرائرها ، والزواج انما عاق على ولادتها طلاق ضرائرها .

والوجه الثاني : يقع بكل واحدة طلقة لأنهن ضرائرها في حال ولادتها ، فعلى هذا يقع بكل واحدة من اللتين لم يلدن طلقان طلقان وتبين هذه وتقع بالوالدة الأولى طلقة ، فإذا ولدت الثانية بابت ، وفي وقوع الطلاق بالباقيتين وجهان . فإذا قلنا : يقع بهن طلقت الرابعة ثلاثا والأولى طلقين وبانت الثانية والثالثة وليس فيهن من له رجعتها إلا الأولى ما لم تنقض عدتها . وإذا ولدت الرابعة لم تطلق واحدة منهن ولم تنقض عدتها بذلك .

وإن قال : كلما ولدت واحدة منكن فسائركن طوالق ، أو فباقيكن طوالق فكلما ولدت واحدة وقع بباقيهن طلقة طلقة ، وتبين الوالدة بوضع ولدها إلا الأولى والفرق بين هذه وبين التي قبلها ، أن الثانية والثالثة يقع الطلاق بباقيهن بولادتهما ههنا . وفي الأولى لا يقع لأنهن لم يبقين ضرائرها وههنا لم يعلقه بذلك . وإن قال : كلما ولدت واحدة منكن فأنتن طوالق ، فكذلك إلا أنه يقع على الأولى طلقة بولادتها . فإن كانت الثانية حاملا بائنين فوضعت الأول منهما وقع بكل واحدة من ضرائرها طلقة في المسائل كلها ، ووقع بها طلقة في المسألة الثالثة . وإذا وضعت الثالثة أو كانت حاملا بائنين فكذلك فتطلق الرابعة ثلاثا وتطلق كل واحدة من الوالدات طلقين طلقين في المسألتين الأولىين وثلاثا ثلاثا في المسألة الثالثة فكلما وضعت واحدة منهن تمام حملها انقضت به عدتها . قال القاضي : إذا كانت له زوجتان فقال كلما ولدت واحدة منكما فأنتا طلقتان فولدت إحداهما يوم الخميس طلقنا جميعاً ثم ولدت الثانية يوم الجمعة بابت وانقضت عدتها ولم تطلق وطلقت الأولى ثانية . فإن كانت كل واحدة منهما حاملا بائنين طلقنا بوضع الثانية طلقة طلقة أيضاً ، ثم إذا ولدت الأولى تمام حملها انقضت عدتها به وطلقت الثانية ثلاثا فإذا ولدت الثانية تمام حملها انقضت عدتها به وطلقت الثانية ثلاثا .

(فصل) وإذا قال لامرأته إن كلمتك فأنت طالق ثم أعاد ذلك ثانية طلقت واحدة لأن إعادته تسكيم لها وشرط لطلاقها فإن أعاده ثالثه طلقت ثانية إلا أن يكون غير مدخول بها فتبين بالاولى ولا يلحقها طلاق ثان . وإن أعاده رابعة طلقت الثالثة ، وإن قال إن كلمتك فأنت طالق فاعلى ذلك أو فتحقق ذلك ، حنث لأنه كلمها بعد عقد اليمين إلا أن ينوى كلاما مبتدأ ، وإن زجرها فقال تنحى أو اسكتى أو اذهبي حنث لأنه كلام ، وإن سمعها تذكر فقال الكاذب عليه لعنة الله حنث نص عليه أحمد لأنه كلمها ، وإن كلمها وهي نائمة أو مغلوبة على عقلها بإغماء أو جنون لا تسمع أو بعيدة لا تسمع كلامه أو صماء بحيث لا تفهم كلامه ولا تسمع أو حلف لا يسكلم فلانا فكلمه ميتا لم يحنث وقال أبو بكر يحنث في جميع ذلك لقول أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كيف تسكلم أجساداً لا أرواح فيها ؟

ولنا : أن التسكلم فعل يتعدى إلى المتكلم ، وقد قيل إنه مأخوذ من السكلم وهو الجرح لأنه يؤثر فيه كتأثير الجرح ولا يكون ذلك إلا باسماعه ، فأما تسكيم النبي صلى الله عليه وسلم الموتى فمن معجزاته فإنه قال « ما أتم بأسمع لما أقول منهم ، ولم يثبت هذا لغيره وقول أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كيف تسكلم أجساداً لا أرواح فيها ؟ حجة لنا فإنهم قالوا ذلك استبعاداً أو سؤالاً عما خفى عنهم سببه وحكمته حتى كشف لهم النبي صلى الله عليه وسلم حكمة ذلك بأمر يختص به فيبقى الأمر في حق من سواه على النفي ، وإن حلف لا كلمت فلانا فكلمته سكران حنث لأن السكران يكلم ويحنث وربما كان تسكليمه في حال سكره أضر من تسكليمه في صحوه وإن كلمته سكرانه حنث لأن حكمها حكم الصاحي وإن كلمته وهو صبي أو مجنون يسمع ويعلم أنه مكلم حنث وإن جنت هي ثم كلمته لم يحنث لأن القلم مرفوع عنها ولم يبق لكلامها حكم .

(فصل) فإن حلف لا يسكلم إنسانا فكلمه بحيث يسمع فلم يسمع لتشاغله أو غفلته حنث لأنه كلمه وإنما لم يسمع لغفلته أو شغل قلبه ، وإن كلمه ولم يعرفه فإن كانت يمينه بالطلاق حنث قال أحمد في رجل حلف بالطلاق أن لا يسكلم حماته فرآها بالليل فقال من هذا ؟ حنث قد كلمها ، وإن كانت يمينه بأنه أو يميناً مكفرة فالصحيح أنه لا يحنث لأنه لم يقصد تسكليمه فأشبهه الناسي ولأنه ظن المحلوف عليه غيره فأشبهه

لغو اليمين ، وإن سلم عليه حنث لآئته كلمه بالسلام ، وإن سلم على جماعة هو فيهم وأراد جميعهم بالسلام حنث لآئته كلمهم كلهم ، وإن قصد بالسلام من عداه لم يحنث لآئه إنما كلم غيره وهو يسمع وإن لم يعلم أنه فيهم ففيه روايتان احدهما : يحنث لآئه كلمهم جميعهم وهو فيهم والثانيه لا يحنث لآئه لم يقصده ويمكن حمل قوله في الحنث على اليمين بالطلاق والعقاق لآئه لا يعذر فيها بالنسيان والجهل في الصحيح من المذهب وعدم الحنث على اليمين المكفرة ، فإن كان الحالف إماما والمحلف عليه مأموما لم يحنث بتسليم الصلاة لآئه للخروج منها إلا أن ينوى بتسليمه المأمومين فيكون حكمه حكم مالهو سلم عليهم في غير الصلاة ويحتمل أن لا يحنث بحال لأن هذا لا يعد تكليما ولا يريد الحالف ، وإن حلف لا يكلم فلانا فكلم إنسانا وفلانا يسمع يقصد بذلك اسماعه كما قال * اياك أعني واسمعي يا جارة * حنث نص عليه أحمد قال إذا حلف لا يكلم فلانا فكلم إنسانا وفلان يسمع يريد بكلامه إياه المحلف عليه حنث لآئه قد أراء تكليمه .

وروى عن أبي بكر ما يدل على أنه لا يحنث فإنه كان حلف أن لا يكلم أخاه زيادا فعزم زياد على الحج فجاء أبو بكر فدخل قصره وأخذ ابنته في حجرة فقال ان أباك يريد الحج والدخول على زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذا السبب وقد علم أنه غير صحيح ثم خرج ولم ير أنه كلمه والاول الصحيح لآئه أسمعه كلامه يريد به فأشبهه مالهو خاطبه به ولأن به مقصود تكليمه قد حصل بإسماعه كلامه .

(فصل) فإن كتب اليه أو أرسل اليه رسولا حنث إلا أن يكون قصد أن لا يشافهه ، نص عليه أحمد ، وذكره الخرقى في موضع آخر ، وذلك لقول الله تعالى (وما كان لبشر أن يكلمه الله الا وحيا أو من وراء حجاب أو يرسل رسولا) ولأن القصد بالتكليم هجرانه ولا يحصل مع مواصلته بالرسول والكتب ، ويحتمل أن لا يحنث الا أن ينوى ترك ذلك لأن هذا ليس بتكليم حقيقة ولو حلف ليكلمنه لم يبر بذلك الا أن ينويه فكذلك لا يحنث به ، ولو حلف لا يكلمه فأرسل إنسانا يسأل أهل العلم عن مسألة أو حديث فجاء الرسول فسأل المحلف عليه لم يحنث بذلك وإن حلف لا يكلم امرأته لجامعها لم يحنث إلا أن تكون نية هجرانها ،

قال أحد في رجل قال لامرأته ان كلمتك خمسة أيام فأنت طالق أله أن يجامعها ولا يسكلمها ؟ فقال أى شيء كان بدو هذا أيسؤها أو يغيظها فإن لم يكن له نية فله أن يجامعها ولا يسكلمها ، وان حلف لا يقرأ كتاب فلان فقرأه في نفسه ولم يحرك شفثيه به حنث لأن هذا قراءة المكتب في عرف الناس فتتصرف يمينه اليه الا أن ينوى حقيقة القراءة ، قال أحد اذا حلفت لا قرأت لفلان كتابا ففتحه حتى استقصى آخره الا أنه لم يحرك شفثيه فإن أراد أن لا يعلم ما فيه فقد علم ما فيه وقرأه .

(فصل) فإن قال لامرأته ان بدأتك بالكلام فأنت طالق فقالت ان بدأتك بالكلام فبدي حر انحلت يمينه لأنه لما خاطبته يمينها فأنته البداية بكلامها وبقيت يمينها معلقة فإن بدأها بكلام انحلت يمينها أيضاً ، وان بدأتها هي عتق عبدها هكذا ذكره أصحابنا ويحتمل أنه ان بدأها بالكلام في وقت آخر حنث لأن ذلك يسمى بداية فتناوله يمينه إلا أن ينوى ترك البداية في هذا الوقت أو هذا المجلس فيتقيد به .

(فصل) فإن قال لامرأته إن كلمتا هذين الرجلين فأنتا طالقتان فسكمت كل واحدة رجلا ففيه وجهان .

أحدهما : يحنث لأن تكليمهما وجد منهما فحنث كما لو قال إن حضمتا فأنتا طالقتان فخانعت كل واحدة حيضة وكذلك لو قال إن ركبتهما دابيتكما فأنتا طالقتان فركبت كل واحدة دابتها .

والوجه الثاني : لا يحنث حتى تسكلم كل واحدة منهما الرجلين معاً لأنه علق طلاقهما بكلامهما لهما فلا تطلق واحدة بكلام الأخرى وحدها وهذا أظهر الوجهين لأصحاب الشافعي ، وهكذا لو قال إن دخاتما هاتين الدارين فالحكم فيهما كالأولى وهذا فيما لم تجر العادة بانفراد الواحد به ، فأما ما جرى العرف فيه بانفراد الواحد فيه بالواحد كدخو ركبا دابتيهما ولبسا ثوبيهما وتقلدا سيفيهما واعتقلا رعييهما ودخلا بزوجيهما وأشباه هذا فإنه يحنث إذا وجد منهما منفردين ، ومالم تجر العادة فيه بذلك فهو على الوجهين ، ولو قال إن أكلتما هذين الرغيفين فأكلت كل واحدة منهما رغيفاً يحنث لأنه يستحيل أن تأكل كل واحدة منهما الرغيفين بخلاف الرجلين والدارين .

(فصل) فإن قال أنت طالق إن كلمت زيداً ومحمد مع خالد لم تطلق حتى تكلم زيداً في حال يكون فيها محمد مع خالد ، وذكر القاضى أنه يحتمل بكلام زيد فقط لأن قوله محمد مع خالد استئناف كلام بدليل أنه مرفوع والصحيح ما قلناه لأنه متى أمكن جعل الكلام متصلاً كان أولى من قطعه والرفع لا يتنى كونه حالا فإن الجملة من المبتدأ والخبر تكون حالا كقوله تعالى (اقرب للناس حسابهم وهم في غفلة معرضون) وقال (إلا استمعوه وهم يلعبون - واخاف أن يأكله الذئب ، وأتم عنه غافلون) وهذا كثير فلا يجوز قطعه عن الكلام الذى هو في سياقه مع إمكان وصله به ، ولو قال إن كلمت زيداً ومحمد مع خالد فأنت طالق لم تطلق حتى تكلم زيداً في حال كون محمد مع خالد فكذلك إذا تأخر قوله محمد مع خالد ، ولو قال أنت طالق إن كلمت زيداً وأنا غائب لم تطلق حتى تسلمه في حال غيبته ، وكذلك لو قال أنت طالق إن كلمت زيداً وأنت راكبة أو هو راكب أو ومحمد راكب لم تطلق حتى تسلمه في تلك الحال . ولو قال أنت طالق إن كلمت زيداً ومحمد أخوه مريض لم تطلق حتى تسلمه وأخوه محمد مريض .

(فصل) فإن قال إن كلمتني إلى أن يقدم زيد أو حتى يقدم زيد فأنت طالق فكلمته قبل قدومه حنث لأنه مد المنع إلى غاية هي قدوم زيد فلا يحتمل بعدها ، فإن قال أردت إن استدمت كلامي من الآن إلى أن يقدم زيد دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ يحتمل وجهين .

(فصل) فإن قال أنت طالق إن شئت أو إذا شئت أو متى شئت أو كما شئت أو كيف شئت أو حيث شئت أو أنى شئت لم تطلق حتى تشاء وتنطق بالمشيئة بلسانها فتقول قد شئت لأن ما في القلب لا يعلم حتى يعبر عنه اللسان فتعلق الحكم بما يتعلق به دون ما في القلب فلو شامت بقلبها دون نطقها لم يقع طلاق ولو قالت قد شئت بلسانها وهي كارهة لوقع الطلاق اعتباراً بالنطق ، وكذلك إن علق الطلاق بمشيئة غيرها ومتى وجدت المشيئة باللسان وقع الطلاق سواء كان على الفور أو التراخي نص عليه أحد في تعليق الطلاق بمشيئة فلان وفيما إذا قال أنت طالق حيث شئت أو أنى شئت ونحو هذا قال الزهرى وقتادة ، وقال أبو حنيفة دون صاحبه إذا قال

أنت طالق كيف شئت تطلق في الحال طلاق رجعية لأن هذا ليس بشرط وإنما هو صفة للطلاق والواقع بمشيئتها .

ولنا : أنه أضاف الطلاق إلى مشيئتها فأشبهه ما لو قال حيث شئت ، وقال الشافعي في جميع الحروف إن شاءت في الحال وإلا فلا تطلق لأن هذا تملك للطلاق فكان على الفور كقوله اختارى وقال أصحاب الرأي في أن كقوله وفي سائر الحروف كقولنا : لأن هذه الحروف صريحة في التراخي فحملت على مقتضاها بخلاف إن فاتها لا تقتضى زماناً وإنما هي لمجرد الشرط فتقيد بالفور بقضية التملك ، وقال الحسن وعطاء إذا قال أنت طالق إن شئت إنما ذلك لها ما داما في مجلسهما .

ولنا : أنه تعليق للطلاق على شرط فكان على التراخي كسائر التعليق ولأنه إزالة ملك معلق على المشيئة فكان على التراخي كالعتق وفارق اختارى فإنه ليس بشرط وإنما هو تأخير فتقيد بالمجلس كخيار المجلس وإن مات من له المشيئة أو جن لم يقع الطلاق لأن شرط الطلاق لم يوجد ، وحكى عن أبي بكر أنه يقع وليس بصحيح لأن الطلاق المعلق على شرط لا يقع إذا تعذر شرطه كما لو قال أنت طالق إن دخلت الدار وإن شاء وهو مجنون لم يقع طلاقه لأنه لا حكم لكلامه وإن شاء وهو سكران . قاله صحيح أنه لا يقع لأنه زائل العقل فهو كالمجنون

وقال أصحابنا : يخرج على الروايتين في طلاقه والفرق بينهما أن إيقاع طلاقه تغليظ عليه كيلا تكون المعصية سبباً للتخفيف عنه . وههنا إنما يقع الطلاق بغيره فلا يصح منه في حال زوال عقله ، وإن شاء وهو طفل لم يقع لأنه كالمجنون وإن كان يعقل الطلاق وقع لأن له مشيئة ولذلك صح اختياره لأحد أبويه وإن كان أخرس فشاء بالإشارة وقع الطلاق لأن إشارته تقوم مقام نطق الناطق ولذلك وقع طلاقه بها وإن كان ناطقاً حال التعليق فخرس ففيه وجهان . أحدهما : يقع الطلاق بها لأن طلاقه في نفسه يقع بها فكذلك طلاق من علقه بمشيئة . والثاني : لا يقع بها لأنه حال التعليق كأنه لا يقع إلا بالنطق فلم يقع بغيره كما لو قال في التعليق ان نطق فلان بمشيئته فهي طالق .

(فصل) فإن قيد المشيئة بوقت فقال أنت طالق إن شئت اليوم تقيد به فإن خرج اليوم قبل مشيئتها لم تطلق وإن علقه على مشيئة اثنين لم يقع حتى توجد

مشيئتهما ، وخرج القاضى وجهاً أنه يقع بمشيئة أحدهما كما يحدث بفعل بعض المحلوف عليه وقد بينا فساد هذا فإن قال أنت طالق إن شئت وشاء أباك فقالت قد شئت إن شاء أبى ، فقال أبوها قد شئت لم تطلق لأنها لم تشأ فإن المشيئة أمر خفى لا يصح تعليقها على شرط وكذلك لو قال أنت طالق إن شئت فقالت قد شئت إن شئت فقال قد شئت أو قالت قد شئت إن طلعت الشمس لم يقع ، نص عليه أحمد على معنى هذا وهو قول سائر أهل العلم منهم الشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لزوجته أنت طالق إن شئت فقالت قد شئت إن شاء فلان أنها قد ردت الأمر ولا يلزمها الطلاق وإن شاء فلان وذلك لأنه لم توجد منها مشيئة وإنما وجد منها تعليق مشيئتها بشرط وليس تعليق المشيئة بشرط مشيئة ، وإن علق الطلاق على مشيئة اثنين فشاء أحدهما على الفور والآخر على التراخى وقع الطلاق لأن المشيئة قد وجدت منهما جميعاً .

(فصل) فإن قال أنت طالق إلا أن تشأى أو يشاء زيد فقالت قد شئت لم تطلق وإن أخرا ذلك طلقت وإن جن من علق الطلاق بمشيئته طلقت فى الحال لأنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بشرط لم يوجد ، وكذلك إن مات فإن خرس فشاء بالإشارة خرج فيه وجهان بناء على وقوع الطلاق بإشارته إذا علقه على مشيئته .

(فصل) فإن قال أنت طالق واحدة إلا أن تشأى ثلاثاً فلم تشأ أو شاءت أقل من ثلاث طلقت واحدة وإن قالت قد شئت ثلاثاً فقال أبو بكر تطلق ثلاثاً ، وقال أصحاب الشافعى وأبى حنيفة لا تطلق إذا شاءت ثلاثاً لأن الاستثناء من الإيجاب نفي فتقديره أنت طالق واحدة إلا أن تشأى ثلاثاً فلا تطلق ولأنه لو لم يقل ثلاثاً لما طلقت بمشيئتها ثلاثاً فكذلك إذا قال ثلاثاً لأنه إنما ذكر الثلاث صفة لمشيئتها الرافعة لطلاق الواحدة فيصير كما لو قال أنت طالق إلا أن تكررى بمشيئتك ثلاثاً . وقال القاضى فيها وجهان . أحدهما : لا تطلق لما ذكرنا . والثانى : تطلق ثلاثاً لأن السابق إلى الفهم من هذا الكلام إيقاع الثلاث إذا شاءتها كما لو قال له على درهم إلا أن يقيم البيعة بثلاثة وخذ درهماً إلا أن تريد أكثر منه ومنه قول النبى صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار » ، أى أن بيع الخيار ثبت الخيار فيه بعد (م ٢٦ - ج ٢ - المغنى)

تفرقهما وإن قال أنت طالق ثلاثا إلا أن تشأى واحدة فقالت قد شئت واحدة طلقت واحدة عل قول أبي بكر وعلى قولهم لا تطلق شيئا .

(فصل) فإن قال أنت طالق لمشيتة فلان أو لرضاه أو له طلقت في الحال لأن معناه أنت طالق لكونه قد شاء ذلك أو رضيه أو ليرضى به كقوله هو حر لوجه الله ، أو لرضى الله ، فإن قال أردت به الشرط دين ، قال القاضي يقبل في الحكم لأنه محتمل ، فإن ذلك يستعمل للشرط كقوله أنت طالق للسنة وهذا أظهر الوجهين لأصحاب الشافعي .

(فصل) فإن قال أنت طالق إن أحببت أو إن أردت أو إن كرهت احتمل أن يتعلق الطلاق بقولها بلسانها قد أحببت أو أردت أو كرهت لأن هذه المعاني في القلب لا يمكن الاطلاع عليها إلا من قولها فتعلق الحكم بها كالمشيئة ويحتمل أن يتعلق الحكم بما في القلب من ذلك ويكون اللسان دليلا عليه فعلى هذا لو أقر الزوج بوجوده وقع طلاقه وإن لم يتلفظ به ولو قالت أنا أحب ذلك ثم قالت كنت كاذبة لم تطلق وإن قال : إن كنت تحبين أن يعذبك الله بالنار فأنت طالق فقالت : أنا أحب ذلك فقد نسئ أحدها فلم يجب فيها بشيء وفيها احتمالان .

أحدهما : لا تطلق وهو قول أبي ثور لأن المحبة في القلب ولا توجد من أحد محبة ذلك وخبرها محبتها له كذب معلوم فلم يصلح دليلا على ما في قلبها .

والاحتمال الثاني : أنها تطلق وهو قول أصحاب الرأي لأن ما في القلب لا يوقف عليه إلا من لسانها فاقضى تعاقب الحكم بلفظها به كاذبة كانت أو صادقة كالمشيئة ولا فرق بين قوله إن كنت تحبين ذلك وبين قوله إن كنت تحبينه بقلبك لأن المحبة لا تكون إلا بالقلب .

(فصل) فإن قال أنت طالق إن شاء الله تعالى طلقت وكذلك إن قال عبدي حر إن شاء الله تعالى عتق نص عليه أحمد في رواية جماعة وقال ليس هما من الإيمان وبهذا قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول وقتادة والزهرى ومالك والليث والأوزاعي وأبو عبيد وعن أحمد ما يدل على أن الطلاق لا يقع وكذلك العتاق وهو قول طاوس والحكم وأبي حنيفة والشافعي لأنه علقه على مشيئة لم يعلم وجودها فلم يقع كما لو علقه

على مشيئة زيد . وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من حلف على يمين فقال إن شاء الله لم يحنث ، رواه الترمذى وقال حديث حسن .

ولنا : ما روى أبو جمرة قال سمعت ابن عباس يقول : « إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله فهي طالق » رواه أبو حفص بإسناده وعن أبي بردة نحوه .

وروى ابن عمر وأبو سعيد قال : كننا معاشر أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نرى الاستثناء جائزاً في كل شيء إلا في العتاق والطلاق ذكره أبو الخطاب وهذا نقل للاجماع ، وإن قدر أنه قول بعضهم ولم يعلم له مخالف فهو إجماع ، ولأنه استثناء يرفع جملة الطلاق فلم يصح كقوله أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً ولأنه استثناء حكماً في محل فلم يرتفع بالمشيئة كالبيع والنكاح ، ولأنه إزالة ملك فلم يصح تعليقه على مشيئة الله كما لو قال أرأيتك إن شاء الله أو تعليق على مالا سيبل إلى علمه فأشبهه تعليقه على المستحيلات ، والحديث لا حجة لهم فيه فإن الطلاق والعتاق إنشاء وليس يمين حقيقة وإن سمي بذلك فبجاء لا ترك الحقيقة من أجله ثم إن الطلاق إنما سمي يميناً إذا كان معلقاً على شرط يمكن تركه وفعله ومجرد قوله أنت طالق ليس يمين حقيقة ولا مجازاً فلم يمكن الاستثناء بعد يمين ، وقولهم علقه على مشيئة لا تعلم قلنا قد علمت مشيئة الله للطلاق بمباشرة الآدمي سببه قال قتادة قد شاء الله حين أذن أن يطاق ولو سلمنا أنها لم تعلم لكن قد علقه على شرط يستحيل علمه فيكون كتعليقه على المستحيلات يلغو ويقع الطلاق في الحال .

(فصل) فإن قال أنت طالق إن دخلت الدار إن شاء الله فعن أحمد فيه روايتان . إحداهما : يقع الطلاق بدخول الدار ولا ينفعه الاستثناء لأن الطلاق والعتاق ليسا من الإيمان ولما ذكرناه في الفصل الأول . والثانية : لا تنطلق وهو قول أبي عبيد لأنه إذا علق الطلاق بشرط صار يميناً وحلفاً فصح الاستثناء فيه لعموم قوله عليه السلام : من حلف على يمين فقال إن شاء الله لم يحنث ، وفارق ما إذا لم يعلقه فإنه ليس يمين فلا يدخل في العموم .

(فصل) فإن قال أنت طالق إلا أن يشاء الله طلقت ووافق أصحاب الشافعي على هذا في الصحيح من المذهب لأنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة لم تعلم ،

وإن قال أنت طالق إن لم يشأ الله أو لم يشأ الله وقع أيضاً في الحال لأن وقوع طلاقها إذا لم يشأ الله محال فقلت هذه الصفة ووقع الطلاق ويحتمل أن لا يقع بناء على تعليق الطلاق على المحال مثل قوله أنت طالق إن جمعت بين الضدين أو شربت الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه ، وإن قال أنت طالق لتدخل الدار إن شاء الله لم تطلق دخلت أو لم تدخل لأنها إن دخلت فقد فعلت المحلوف عليه وإن لم تدخل علمنا أن الله لم يشأ لأنه لو شاء لوجد فإن ما شاء الله كان وكذلك إن قال أنت طالق لا تدخل الدار إن شاء الله لما ذكرنا ، وإن أراد بالإستثناء والشرط رده إلى الطلاق دون الدخول خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا في المنجز وإن لم تعلم نيته فالظاهر رجوعه إلى الدخول ويحتمل أن يرجع إلى الطلاق .

(فصل) فإن علق الطلاق على مستحيل فقال أنت طالق إن قتلت الميت أو شربت الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه أو جمعت بين الضدين أو كان الواحد أكثر من اثنين أو على ما يستحيل عادة كقوله إن طرت أو صعدت إلى السماء أو قلبت الحجر ذهباً أو شربت هذا النهر كله أو حلت الجبل أو شاء الميت ففيه وجهان . أحدهما : يقع الطلاق في الحال لأنه أردف الطلاق بما يرفع جملته ويمنع وقوعه في الحال وفي الثاني فلم يصح كاستثناء الكل كما لو قال أنت طالق طلبة لا تقع عليك أو لا تنقص عدد طلابك . والثاني : لا يقع لأنه علق الطلاق بصفة لم توجد ولأن ما يقصده تبعيده يعلق على المحال كقوله .

إذا شاب الغراب أنت أهلك وصار القار كاللبن الحليب

أى لا آت بهم أبداً وقيل إن علقه على ما يستحيل عقلاً وقع في الحال لأنه لا وجود له فلم تعاق به الصفة وبقي مجرد الطلاق فوقه ، وإن علقه على مستحيل عادة كالطيران وصعود السماء لم يقع لأنه له وجود وقد وجد جنس ذلك في معجزات الأنبياء عليهم السلام وكرامات الأولياء فجاز تعليق الطلاق به ولم يقع قبل وجوده ، فأما إن عاق طلاقها على نفي فعل المستحيل فقال أنت طالق إن لم تقتل الميت أو تصعدى السماء طاعت في الحال لأنه علقه على عدم ذلك وعدمه معلوم في الحال وفي الثاني وقوع الطلاق كما لو قال أنت طالق إن لم أبع عبدي فمات العبد وكذلك لو قال أنت طالق لأشربن الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه أو لأقتلن الميت وقع الطلاق في الحال لما ذكرناه ،

وحكى أبو الخطاب عن القاضي أنه لا يقع طلاقه كما لو حلف ليصعدن السماء أو ليطيرن فإنه لا يحنث والصحيح أنه يحنث فإن الحالف على فعل الممتنع كاذب حاث قال الله تعالى (وأقسموا بالله جهد أيمانهم لا يبعث الله من يموت - إلى قوله - وليعلم الذين كفروا أنهم كانوا كاذبين) ولو حلف على فعل متصور فصار ممتنعاً حنث بذلك فلا يحنث بكونه ممتنعاً حال يمينه أولى .

(فصل) وإذا حلف لا شربت من هذا النهر فاغترف منه وشرب حنث وإن حلف لا شربت من هذا الإناء فصب منه في إناء آخر وشرب وكان الإناء كبيراً لا يمكن الشرب به حنث أيضاً ، وإن كان الشرب به ممكناً لم يحنث لأن الإناء الصغير آلة للشرب فتصرف يمينه إلى الشرب به بخلاف النهر والإناء الكبير فإنه لا ينصرف يمينه إلا إلى الشرب من مائه ولو حلف لا يشرب من بردى فشرب من نهر يأخذ منه لم يحنث وإن حلف لا يشرب من ماء بردى فشرب من نهر يأخذ منه حنث ، وذكر نحو ذلك القاضي لأن بردى اسم لمكان خاص فإذا تجاوزته إلى مكان سواه فشرب منه فما شرب من بردى ، وإذا كانت يمينه على مائه فماؤه مأؤه حيث كان وأين نقل ولذلك لو حلف لا يأكل من تمر البصرة فأكله في غيرها حنث وإن اغترف من بردى بأناء ونقله إلى مكان آخر فشربه حنث في المسألتين جميعاً لأن اغتراف الماء من بردى ، ولو حلف لا يشرب من ماء الفرات لم يحنث إلا بالشرب من ماء النهر المعروف بالفرات ، وإن حلف لا يشرب من ماء فرات حنث بالشرب من كل ماء عذب لأنه إذا عرفه بلام التعريف انصرف إلى النهر المعروف وإذا نكره صار للعموم فيتناول كل ما يسمى فراتاً وكل عذب فرات قال الله تعالى (وأسقينكم ماء فراتاً) وقال (وما يستوى البحران هذا عذب فرات وهذا ملح أجاج) ومتى نوى يمينه المحتمل الآخر انصرف إليه ويقبل منه ذلك لأنه قريب لا تبعد ارادته .

(فصل) ولو حلف لا يشتمه ولا يكلمه في المسجد ففعل ذلك في المسجد والمحلوف عليه في غيره حنث وإن فعله في غير المسجد والمحلوف عليه في المسجد لم يحنث ولو حلف لا يضربه ولا يشجه ولا يقتله في المسجد ففعله والحالف في المسجد والمحلوف عليه في غيره لم يحنث ، وإن كان الحالف في غير المسجد والمحلوف عليه في المسجد

حنث لأن الشتم والكلام قول يستقل به القاتل فلا يعتبر فيه حضور المشتوم فيوجد من الشاتم في المسجد وإن لم يكن المشتوم فيه والكلام قول فهو كالشتم ، وسائر الأفعال المذكورة فعل متعدد محله المضروب والمقتول والمشجوع فإذا كان محله في غير المسجد كان الفعل في غيره فيعتبر محل المفعول به ولو حلف ليقتله يوم الجمعة فجرحه يوم الخميس ومات يوم الجمعة فقال القاضي لا يحنث ، وإن جرحه يوم الجمعة فمات يوم السبت فقال يحنث لأنه لا يكون مقتولا حتى يموت فاعتبر يوم موته لا يوم ضربه ، ويتوجه أن يكون الحكم بالعكس في المسألتين فيعتبر يوم جرحه لا يوم موته لأن القتل فعل القاتل ولهذا يصح الأمر به والنهي عنه ، قال الله تعالى (اقتلوا المشركين - ولا تقتلوا أولادكم) والأمر والنهي إنما يتوجه إلى فعل ممكن فعله وتركه وذلك فعل الآدمي من الجرح ونحوه أما الزهوق ففعل الله لا يؤمر به ولا ينهى عنه ، ولا سبيل للآدمي إلا إلى تعاطي سببه وهو شرط في القتل فإذا وجد تبينا إن الفعل المفضى إليه كان قتلا ولذلك جاز تقديم الكفارة بعد الجرح وقبل الزهوق ولو حلف لاقتله فمات من جرح كان جرحه لم يبر ، ولو حلف لا يقتله لم يحنث بذلك أيضاً ، ويحتمل أن لا يبر حتى يوجد السبب والزهوق معا في يوم الجمعة لأن القتل لا يتم إلا بسببه وشرط فاما بنسبته إلى الشرط وحده دون السبب فبعيد .

(فصل) إذا قال من بشرتني بقدوم أخى فهى طالق فيشرته احداهن وهى عداوة طلقت وان كانت كاذبة لم تطلق لأن التبشير خبر صدق يحصل به ما يغير البشارة من سرور أو غم ، وان أخبرته به أخرى لم تطلق لأن السرور انما يحصل بالخبر الأول فإن كانت الأولى كاذبة والثانية صادقة طلقت الثانية لأن السرور انما يحصل بخبرها فكان هو البشارة ، وان بشره بذلك اثنتان أو ثلاث أو الأربع في دفعة واحدة طلقن كلهن لأن « من » تقع على الواحد فما زاد قال الله تعالى (فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره . ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره) . وقال (ومن يقنت منكن لله ورسوله وتعمل صالحاً نؤتيها أجرها مرتين) ولو قال من أخبرتني بقدوم أخى فهى طالق فقال القاضي هو كالبشارة لا تطلق الا بالخبرة الأولى الصادقة دون غيرها لأن مراده خبر يحصل له به العلم بقدومه ولا يحصل ذلك بكذب ولا بغير الأول .

ويمحتمل أن تطاق كل مخبرة صادقة كانت أو كاذبة أولاً كان أو غيره لأن الخبر يكون صدقاً وكذباً وأولاً ومكرراً وهو اختيار أبي الخطاب والأول قول القاضي ومذهب الشافعي على نحو هذا التفصيل .

(فصل) وإن قال أول من تقوم منكم فهي طالق أو قال لعبيده أول من قام منكم فهو حر فقام الكل دفعة واحدة لم يقع طلاق ولا عتق لأنه لا أول فيهم وإن قام واحد أو واحدة ولم يتم بعده أحد احتمل وجهين . أحدهما : يقع الطلاق والعتق لأن الأول ما لم يسبقه شيء وهذا كذلك . والثاني : لا يقع طلاق ولا عتق لأن الأول ما كان بعده شيء ولم يوجد . فعلى هذا لا يحكم بوقوع ذلك ولا انتفائه حتى يتبين من قيام أحد منهم بعده فتتحل يمينه وإن قام اثنان أو ثلاثة دفعة واحدة وقام بعدهم آخر وقع الطلاق والعتق بالجماعة الذين قاموا في الأول لأن الأول يقع على الكثير والقليل قال الله تعالى (ولا تكونوا أول كافر به)

وحكى عن القاضي فيمن قال أول من يدخل من عبيدي فهو حر فدخل اثنان دفعة واحدة ثم دخل بعدهما ثالث لم يعتق واحد منهم وهذا بعيد فإنهم قد دخل بعضهم بعد بعض ولا أول فيهم وهذا لا يستقيم إلا أن يكون قال أول من يدخل منكم وحده ولم يدخل بعد الثالث أحد فإنه لو دخل بعد الثالث أحد عتق الثالث لكونه أول من دخل وحده وإذا لم يقل وحده فإن لفظة الأول تتناول الجماعة كما ذكرنا ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « أول من يدخل الجنة فقراء المهاجرين » ،

ولو قال : آخر من يدخل منكم الدار فهي طالق فدخل بعضهن لم يحكم بطلاق واحدة منهن حتى يتبين من دخول غيرها بموته أو موتهن أو غير ذلك فتبين وقوع الطلاق بآخرهن دخولا من حين دخلت وكذلك الحكم في العتق ،

(فصل) وإذا حلف يميناً على فعل بلفظ عام وأراد به شيئاً خاصاً مثلاً أن حلف لا يغتسل الليلة وأراد الجنابة أو لا قربت لي فراشاً وأراد ترك جماعها أو قال إن تزوجت فعبيدي حر وأراد امرأة معينة ، أو قال إن دخل إلى رجل أو قال أحد فامرأتى طالق وأراد رجلاً بعينه أو حلف لا يأكل خبزاً يريد خبز البر أو لا يدخل

دار يريد دار فلان أو قال إن خرجت فأنت طالق يريد الخروج إلى الحمام أو قال إن مشيت وأراد استطلاق البطن فإن ذلك يسمى مشياً قال النبي صلى الله عليه وسلم لامرأة : ثم تستمشين ، ويقال شربت مشياً ومشواً إذا شرب دواء يمشيه فإن يمينه في ذلك على ما نواه ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على زوايتين ، قال أحمد في الظهار فيمن قال لامرأته إن قربت لي فراشاً فأنت على كظهر أى فجاءت فقامت على فراشه فقال أردت الجماع لا يلزمه شيء ، وقال الشافعي وعبد بن الحسن لا يقبل قوله في الحكم في هذا كله لأنه خلاف الظاهر . ولنا : أنه فسر كلامه بما يحتمله فقبل كما لو قال أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثانية التوكيد .

(فصل) وإن حلف يميناً عامة لسبب خاص وله نية حمل عليها ويقبل قوله في الحكم لأن السبب دليل على صدقه ، وإن لم ينو شيئاً . فقد روى عن أحمد ما يدل على أن يمينه تختص بما وجد فيه السبب . وذكره الخرقى فقال فإن لم يكن له نية رجوع إلى سبب البين وما هيجها فظاهر هذا أن يمينه مقصورة على محل السبب وهذا قول أصحاب أبي حنيفة ،

وروى عن أحمد ما يدل على أن يمينه تحمل على العموم فإنه قال فيمن قال لله على أن لا أصيد في هذا النهر لظلم رأي فتغير حاله فقال النذر يوفى به وذلك لأن اللفظ دليل الحكم فيجب الاعتبار به في الخصوص والعموم كما في لفظ الشارع .

ووجه الأول أن السبب الخاص يدل على قصد الخصوص ، ويقوم مقام النية عند عدمها لدلالته عليها فوجب أن يختص به اللفظ العام كالنية . وفارق لفظ الشارع فإنه يريد بيان الأحكام فلا يختص بمحل السبب لكون الحاجة داعية إلى معرفة الحكم في غير محل السبب . فعلى هذا لو قامت امرأته لتخرج فقال إن خرجت فأنت طالق فرجعت ثم خرجت بعد ذلك أو دعاه لإنسان إلى غدائه فقال امرأتى طالق إن تغديت ثم رجعت فتغدى في منزله لم يحدث على الأول ويحدث على الثاني ، وإن حلف لعامل أن لا يخرج إلا بإذنه أو حلف بذلك على امرأته أو مملوكه فعزل العامل وطلق المرأة وباع المملوك أو حلف على وكيل فعزله خرج في ذلك كله وجهان

(فصل) وإن قال إن دخل داري أحد فامرأتى طالق فدخلها هو أو قال لإنسان إن دخل دارك أحد فعبدي حر فدخلها صاحبها فقال القاضي لا يحنث لأن قرينة حال المتكلم تدل على أنه إنما يحلف على غيره ويمنع من سواء فيخرج هو من العموم بالقرينة ويخرج المخاطب من اليمين بها أيضاً ويحتمل أن يحنث أخذاً بعموم اللفظ وإعراضاً عن السبب كما في التي قبلها .

(فصل) وإذا قال لامرأته إن وطئتك فأنت طالق انصرفت يمينه إلى جماعها ، وقال محمد بن الحسن يمينه على الوطء بالقدم لأنه الحقيقة ، وحكى عنه أنه لو قال : أردت به الجماع لم يقبل في الحكم .

ولنا : أن الوطء إذا أضيف إلى المرأة كان في العرف عبارة عن الجماع ، ولهذا يفهم منه الجماع في لفظ الشارع في مثل قول النبي صلى الله عليه وسلم : لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة ، فيجب حمله عند الإطلاق عليه كسائر الأسماء العرفية من الظعينة والرواية وأشباههما . ولا يحنث حتى تغيب الحشفة في الفرج ، وإن حلف ليجماعها أو لا يجماعها انصرف إلى الوطء في الفرج ولم يحنث بالجماع دون الفرج وإن أنزل لأن مبنى الأيمان على العرف والعرف ما قلناه .

وإن حلف لاقتضضتك فاقتضضها بأصع لم يحنث لأن المعهود من إطلاق هذه اللفظة وطء البكر ، وإن حلف على امرأة لا يملكها أن لا ينكحها فيمينه على العقد لأن إطلاق النكاح ينصرف إليه وإن كان ماله كالمالك أو ملك يمين . فهو على وطئها لأن قرينة الحال صارفه عن العقد عليها لكونها معقوداً عليها .

(فصل) وإن قال إن أمرتك بخالفتي فأنت طالق ثم نهاها بخالفته . فقال أبو بكر لا يحنث وهو قول الشافعي . لأنها خالفت نهيه لا أمره ، وقال أبو الخطاب يحنث إذا قصد أن لا تخالفه أو لم يكن ممن يعرف حقيقة الأمر والنهي لأنه إذا كان كذلك فإنما يريد نفي المخالفة ، ويحتمل أن تطلق بكل حال لأن الأمر بالشئ نهي عن ضده والنهي عنه أمر بضده فقد خالفت أمره ، وإن قال لها إن نهيتي عن نفع أمي فأنت طالق فقالت له لا تعطها من مالي شيئاً لم يحنث لأن إعطاءها من مالها لا يجوز ولا يجوز النفع به ، فيكون هذا النفع محرماً فلا يتناوله يمينه .

ويحتمل أن يحنث لأنه نفع ولفظه عام فيدخل المحرم فيه .

(فصل) فإن قال لامرأته إن خرجت إلى غير الحمام فأنت طالق فخرجت إلى غير الحمام طلقت سواء عدلت إلى الحمام أو لم تعدل ، وإن خرجت إلى الحمام ثم عدلت إلى غيره فقياس المذهب أنه يحنث . لأن ظاهر هذه اليمين المنع من غير الحمام فكيفما صارت إليه حنث كما لو خالفت لفظه ، ويحتمل أن لا يحنث . وهو قول الشافعي لأنها لم تفعل ما حلف عليه ويتأوله لفظه ، وإن خرجت إلى الحمام وغيره وجمعهما في القصد ففيه وجهان .

أحدهما : يحنث لأنها خرجت إلى غير الحمام وانضم إليه غيره فحنث بما حلف عليه كما لو حلف لا يكلم زيدا فكلم زيدا وعمراً . الثاني : لا يحنث لأنها ما خرجت إلى غير الحمام بل الخروج مشترك . ونقل الفضل بن زياد عن أحمد أنه سئل إذا حلف بالطلاق أن لا يخرج من بغداد إلا للزوجة فخرج إلى الزوجة ثم مر إلى مكة . فقال الزوجة لانه يكون إلى مكة فظاهر هذا أنه أحسنه ووجهه ما تقدم ، وقال في رجل حلف بالطلاق أن لا يأتي أرمينية إلا بإذن امرأته فقالت امرأته اذهب حيث شئت فقال لا حتى تقول لي أرمينية . والصحيح أنه متى أذنت له إذناً عاماً لم يحنث . قال القاضي : وهذا من كلام أحمد محمول على أن هذا خرج مخرج الغضب والكراهة . ولو قالت هذا بطيب قلبها كان إذناً منها وله الخروج ، وإن كان بلفظ عام .

(فصل) فإن حلف ليرحل من هذه الدار أو ليخرجن من هذه المدينة ففعل ثم عاد إليها لم يحنث إلا أن تكون نيته أو سبب يمينه يقتضي عدم الرجوع إليها لأن الحلف على الخروج والرحيل وقد فعلهما . وقد نقل عنه اسماعيل بن سعيد إذا حلف على رجل أن يخرج من بغداد فخرج ثم رجع قد مضت يمينه لا شيء عليه ونقل عنه مثني بن جامع فيمن قال لامرأته أنت طالق إن لم ترحل من هذه الدار إن لم يدرك الموت ولم ينو شيئاً هي إلى أن تموت فإن رحل لم يرجع . ومعنى هذه أنه إن أدرك الموت قبل إمكان الرحيل لم يحنث ، وإن أمكنه الرحيل فلم يفعل لم يحنث حتى يموت أحدهما . فيقع بها الطلاق في آخر أوقات الإمكان ، وأما قوله إن رحل لم يرجع فمحمول على من كان ليمينه سبب يقتضي هجران الدار على الدوام ونقل منها في رجل

قال لامرأته ان وهبت كذا فأنت طالق فإذا هي قد وهبت . قال أخاف أن يكون قد حنث قال القاضي : هذا محمول على أنه قال ان كنت وهبته وإلا فلا يحنث حتى يتبدى هبته لأن اليمين تقتضي فعلاً مستقبلاً يحنث به وما فعلت ما حلف عليه بعد يمينا . ونقل عنه أيضاً في رجل قال لامرأته إن رأيتك تدخلين الدار فأنت طالق فهو على نيته إن أراد أن لا تدخلها حنث وإن كان نوى إذا رآها لم يحنث حتى يراها تدخل وهو كما قال فإن مبنى اليمين على النيات سيما والرؤية تطلق على العلم كقول الله تعالى (ألم تركيف فعل ربك بعاد) ونحوه ومتى لم تكن له نية ولا سبب هناك يدل على إرادته مع الدخول بمجرد لم يحنث حتى يراها تدخل الدار لأنه الذي تناوله لفظه . ونقل عنه المروزي في رجل أقرض رجلاً دراهم خلف أن لا يقبلها ، وكان الرجل ميتاً تعطى الورثة يعني إذا مات الخالف يوفى الورثة ولا يبرأ يمينه لأنها ليست لإبراء فلا يسقط الحق بها .

(فصل) ولو قال امرأتى طالق إن كنت أملك إلا مائة وكان يملك أكثر من مائة أو أقل حنث ، فإن نوى أنى لأملك أكثر من مائة لم يحنث بملك ما دونها وإن قال إن كنت أملك أكثر من مائة فامرأتى طالق وكان يملك أقل من المائة لم يحنث لأنه صادق .

(فصل) فإن قال لامرأته يا طالق أنت طالق إن دخلت الدار ظلت واحدة بقوله يا طالق وبقيت أخرى معلقة بدخول الدار ، ولو قال أنت طالق ثلاثاً يا طالق إن دخلت الدار فإن كانت له نية رجوع إليها والا وقعت واحدة بالنداء . وبقيت الثلاث معلقة على دخول الدار وكذا لو قال أنت طالق يازانية إن دخلت الدار وعاد الشرط إلى الطلاق دون القذف . وقال محمد بن الحسن يرجع الشرط اليهما في المسألتين فلا يقع بها في الحال شيء ، والأولى أن يرجع الشرط إلى الخبر الذي يصح فيه التصديق والتكذيب وجرت العادة بتعليقه بالشرط بخلاف النداء والقذف الذي لا يوجد ذلك فيه .

(فصل) فإن قال لامرأته أنت طالق مريضة بالنصب أو الرفع ونوى به وصفها بالمرص في الحال ، طلقت في الحال ، وإن نوى به أنت طالق في حال مرضك لم تطاق حتى تمرض . لأن هذا حال والحال مشغول فيه كالظرف ويكون الرفع

لحنا لأن الحال منصوب وإن أطلق ونصب انصرف إلى الحال لأن مريضة اسم
نكرة جاء بعد تمام الكلام وصفاً لمعرفة فيكون حالا ، وإن رفع فالأولى وقوع
الطلاق في الحال ويكون ذلك وصفاً لطلاق الذي هو خبر المبتدأ وإن أسكن
احتمل وجهين .

أحدهما : وقوع الطلاق في الحال لأن قوله أنت طالق يقتضي وقوع الطلاق
في الحال فقد تيقنا وجود المقتضى وشككنا فيما يمنع حكمه فلا نزول عن
اليقين بالشك .

والثاني : لا يقع إلا في حال مرضها لأن ذكره للعرض في سياق الطلاق يدل
على تعليقه به وتأثيره فيه ولا يؤثر فيه إلا إذا كان حالا .

« مسألة ، قال (وإذا قال أنت طالق إذا قدم فلان فقدم به ميتاً أو مكرهاً
لم تطلق) .

أما إذا قدم به ميتاً أو مكرهاً محمولا فلا تطلق لأنه لم يقدم إنما قدم به وهذا
قول الشافعي ، ونقل عن أبي بكر أنه يحنث لأن الفعل ينسب إليه ولذلك يقال
دخل الطعام البلد إذا حمل إليه ، ولو قال أنت طالق إذا دخل الطعام البلد طلقت
إذا حمل إليه .

ولنا : أن الفعل ليس منه والفعل لا ينسب إلى غير فاعله إلا مجازاً والكلام
عند إطلاقه لحقيقته إذا أمكن وأما الطعام فلا يمكن وجوز الفعل منه حقيقة فتعين
حمل الدخول فيه على مجازه ، وأما إن قدم بنفسه لإكراه فعلي قول الخرق لا يحنث
وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وقال أبو بكر يحنث وحكاه عن أحمد لأن
الفعل منه حقيقة وينسب إليه قال الله تعالى (وسبق الذين كفروا إلى جهنم زمراً
حتى إذا جاءوها) ويصح أمر المكره بالفعل قال الله تعالى (ادخلوا أبواب جهنم)
ولولا أن الفعل يتحقق منه لما صح أمره به ووجه الأول أنه بالإكراه زال اختياره
فاذا وجدت الصفة منه كان كوجود الطلاق منه مكرهاً وهذا فيما إذا أطلق . وإن
كانت له نية حمل عليها كلامه وتقيد بها . .

(فصل) وإن قدم مختاراً حنث الحالف سواء علم القادم باليمين أو جهلها ،

قال أبو بكر الحلال يقع الطلاق قولاً واحداً ، وقال أبو عبد الله بن حامد إن كان القادم من لا يمتنع من القدوم بيمينه كالسلطان والحاج والرجل الأجنبي حنث الحالف ولا يعتبر علمه ولا جهله ، وإن كان ممن يمتنع باليمين من القدوم كقرابة لها أو لأحدهما أو غلام لأحدهما فجهل اليمين أو نسيها فالحكم فيه كما لو حلف على فعل نفسه ففعله ناسياً أو جاهلاً وفي ذلك روايتان كذلك ههنا وذلك لأنه إذا لم يكن ممن تمنعه اليمين كان تعليقاً للطلاق على صفة ولم يكن يميناً فأشبهه ما لو علقه على طلوع الشمس ، وإن كان ممن يمتنع كان يميناً فيعذر فيها بالنسيان والجهل وينبغي أن تعتبر على هذا القول نية الحالف وقرائن أحواله الدالة على قصده فإن كان قصده بيمينه منع القادم من القدوم كان يميناً وإن كان قصده جعله صفة في طلاقها مطلقة لم يكن يميناً ويستوى فيه علم القادم وجهله ونسيانه وجنونه وفاقته مثل أن يقصد طلاقها إذا حصل معها محرماً ولا يطلقها وحدها وتعتبر قرائن الأحوال فتى عاق اليمين على قدوم غائب بعيد يعلم أنه لا يعلم اليمين ولا يمتنع بها أو على فعل صغير أو مجنون أو من لا يمتنع بها لم تكن يميناً ، وإن عاق ذلك على فعل حاضر يعلم بيمينته ويمتنع لأجلها عن فعل ما عاق الطلاق عليه كان يميناً . ومتى أشكلت الحال فينبغي أن يقع الطلاق لأن لفظه يقتضى وقوع الطلاق عند وجود هذه الصفة على العموم وإنما ينصرف عن ذلك بدليل فتى شككنا في الدليل المخصص وجب العمل بمقتضى العموم .

(فصل) فإن قال إن تركت هذا الصبي يخرج فأنت طالق فافلت الصبي بغير اختيارها فخرج فإن كان نوى أن لا يخرج فقد حنث وإن نوى أن لا تدعه لم يحنث نص أحمد على معنى هذا وذلك لأن اليمين إذا وقعت على فعلها فقد قبل الخروج عن غير اختيار منها فكانت كالذكره إذا لم يمكنها حفظه ومنعه ، وإن نوى فعله فقد وجد وحنث وإن لم تعلم نيته انصرفت يمينه إلى فعلها لأنه الذي تناوله إذظه فلا يحنث إلا إذا خرج بتفريطها في حفظه أو اختيارها .

(فصل) فإن حلف لا تأخذ حقلك مني فأكرهه على دفعه إليه وأخذه منه قهراً حنث لأن المحلوف عليه فعل الأخذ وقد أخذه مختاراً ، وإن أكرهه صاحب الحق

على أخذه خرج على الوجهين فيمن أكره على القدوم ، وإن وضعه الحالف في حجره . أو بين يديه أو إلى جنبه فلم يأخذه لم يحنث لأن الأخذ ما وجد وإن أخذه الحاكم أو الساطان من الغريم فدفعه إلى المستحق فأخذه فقال القاضي لا يحنث وهو مذهب الشافعي لأنه ما أخذه منه ، وإن قال لا تأخذ حنثك على حنث لأنه قد أخذ حقه الذي عليه والمنصوص عن أحمد أنه يحنث في الصورتين قاله أبو بكر وهو الذي يقتضيه مذهبه لأن الإيمان عنده على الأسباب لا على الأسماء ، ولأنه لو وكل وكيلا فأخذه منه كان أخذا لحقه منه عرفا ويسمى آخذاً قال الله تعالى (وأخذنا منهم ميثاقا غليظا) وقال (ولقد أخذ الله ميثاق بني إسرائيل وبعثنا منهم اثني عشر نقيبا) وإن كانت اليمين من صاحب الحق فحلف لاأخذت حتى منك فالتفريع فيها كالتي قبلها فإن تركها الغريم في أثناء متاع في خرج ثم دفع الخرج إلى الحالف فأخذه ولم يعلم أنها فيه لم يحنث لأن هذا ليس بمعدود أخذا ولا يبرأ به الغريم منها فإن كانت اليمين لا أعطيتك حنثك فأخذه الحاكم منه كرها فدفعه إلى الغريم لم يحنث ، وإن أكرهه على دفعه إليه فدفعه خرج على الوجهين في المكره ، وإن أعطاه باختياره حنث ، وإن وضعه في حجره أو جيبه أو صندوقه وهو يعلم حنث لأنه أعطاه ، وإن دفعه إلى الحاكم اختياراً ليدفعه إلى الغريم فدفعه أو أخذه من ماله باختياره فدفعه إلى الغريم حنث ، وقال القاضي لا يحنث وقياس المذهب يحنث لأنه أوصله إليه مختاراً فاشبهه ماله دفعه إلى وكيله وأعطاه إياه ولأن الإيمان على الأسباب لا على الأسماء على ما ذكرناه فيما مضى .

(فصل) فإن قال إن رأيت أباك فأنت طالق فرأته ميتا أو نائما أو مغمى عليه أو رأته من خلف الزجاج أو جسم شفاف طلقت لأنها رأته وإن رأت خياله في ماء أو مرآة أو صورته على حائط أو غيره لم تطلق لأنها لم تره ، وإن أكرهت على رؤيته خرج على الوجهين .

« مسألة » قال (وإذا قال لدخول بها أنت طالق أنت طالق لزمه تطليقتان إلا أن يكون أراد بالثانية إيهامها أن قد وقعت بها الأولى فتلزمه واحدة وإن كانت غير مدخول بها بانتهى بالأولى ولم يلزمها ما بعدها لأنه ابتداء كلام) .

وجملة ذلك : أنه إذا قال لامرأته المدخول بها أنت طالق مرتين ونوى بالثانية إيقاع طلاق ثانية وقعت بها طلقتان بلا خلاف ، وإن نوى بها إيهامها أن الأولى قد وقعت بها أو التأكيد لم تطلق إلا مرة واحدة وإن لم تكن له نية وقع طلقتان وبه قال أبو حنيفة ومالك وهو الصحيح من قول الشافعي ، وقال في الآخر تطلق واحدة لأن التكرار يكون التأكيد والإيهام ويحتمل الإيقاع فلا توقع طلاق بالشك .

ولنا : أن هذا اللفظ للإيقاع ويقتضي الوقوع بدليل ما لو لم يتقدمه مثله وإنما ينصرف عن ذلك بنية التأكيد والإيهام فإذا لم يوجد ذلك وقع مقتضاه كما يجب العمل بالعموم في العام إذا لم يوجد المخصص وبالطلاق في المطلق إذا لم يوجد المقيد ، فأما غير المدخول بها فلا تطلق إلا طلاق واحدة سواء نوى الإيقاع أو غيره وسواء قال ذلك منفصلا . أو متصلا وهذا قول أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث وعكرمة والنخعي وحماد بن أبي سليمان والحكم والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأبي عبيد وابن المنذر ، وذكره الحكم عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود ، وقال مالك والاوزاعي والليث يقع بها طليقتان ، وإن قال ذلك ثلاثا طلقت ثلاثا إذا كان متصلا لأنه طاق ثلاثا بكلام متصل أشبه قوله أنت طالق ثلاثا .

ولنا أنه طلاق مفرق في غير المدخول بها فلم تقع الأولى كما لو فرق كلامه ولأن غير المدخول بها تبين بطلقة لأنه لأعدة عليها فتصادفها الطلقة الثانية بائنا فلم يمكن وقوع الطلاق بها لأنها غير زوجة وإنما تطلق الزوجة ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفا في عصرهم فيكون إجماعا .

(فصل) فإن قال أنت طالق ثم مضى زمن طويل ثم أعاد ذلك للمدخول بها طلقت ثانيه ولم يقبل قوله نويت التأكيد لأن التأكيد تابع للكلام فشرطه أن يكون متصلا به كسائر التوابع من العطف والصفة والبدل .

(فصل) وكل طلاق يترتب في الوقوع ويأتي بعضه بعد بعض لا يقع بغير المدخول بها منه أكثر من طلاق واحدة لما ذكرناه ويقع بالمدخول بها ثلاث إذا أوقعها مثل قوله أنت طالق فطالق فطالق أو أنت طالق ثم طالق ثم طالق أو أنت طالق ثم طالق وطاق أو فطالق وأشبه ذلك لأن هذه جروف تقتضي الترتيب فتقع بها

الأولى فتبينها فتأتى الثانية فتصادفها بائنا غير زوجة فلا تقع بها ، وأما المدخول بها فتأتى الثانية فتصادف محل النكاح فتقع وكذلك الثالثة ، وكذلك لو قال أنت طالق بل طالق وطالق ذكره أبو الخطاب .

ولو قال أنت طالق طالق قبل طالق أو بعد طالق أو بعدها طالق أو طلقه فطالق أو طلقه ثم طلقه وقع بغير المدخول بها طالق وبالمدخول بها طلقتان لما ذكرنا من أن هذا يقتضى طلقه بعد طلقه .

(فصل) وإن قال أنت طالق طلقه قبلها طلقه فكذلك ذكره القاضى . وهذا ظاهر مذهب الشافعى وقال بعضهم لا يقع بغير المدخول بها شيء بناء على قولهم فى المسألة السريجية ، وقال أبو بكر يقع طلقتان وهو قول أبي حنيفة لأنه استحالة وقوع الطلق الاخرى قبل الطلق الموقعة فوقعت معها لأنها لما تأخرت عن الزمن الذى قصد إيقاعها فيه لكونه زمنا ماضيا وجب إيقاعها فى أقرب الازمنة إليه وهو معها ولا يلزم تأخرها إلى ما بعدها لان قبله زمن يمكن الوقوع فيه وهو زمن قريب فلا يؤخر إلى البعيد مع إمكان القريب .

ولنا : أن هذا طلاق بعضه قبل بعض فلم يقع بغير المدخول بها جميعه كما لو قال طلقه بعد طلقه ولا يمتنع أن يقع المتأخر فى لفظه متقدما كما لو قال طلقه بعد طلقه أو قال أنت طالق طلقه غدا وطلقه اليوم ولو قال جاء زيد بعد عمرو أو جاء زيد وقبله عمرو أو أعط زيداً بعد عمرو كان كلاما صحيحا يفيد تأخير المتقدم لفظا عن المذكور بعده وليس هذا اطلاقاً فى زمن ماض وإنما يقع إيقاعه فى المستقبل مرتباً على الوجه الذى رتبته ، ولو قدر أن احدهما موقعة فى زمن ماض لا يمتنع وقوعهما وحدهما ووقعت الاخرى وحدهما وهذا تعليل القاضى لكونه لا يقع الا واحدة والاول من التعليل أصح ان شاء الله تعالى .

(فصل) فإن قال أنت طالق طلقه معها طلقه وقع بها طلقتان وإن قال معها اثنتان وقع بها ثلاث فى قياس المذهب وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى . وقال أبو يوسف يقع طلقه لان الطلق اذا وقعت مفردة لم يمكن أن يكون معها شيء .

ولنا : أنه أوقع ثلاث طلاقات بلفظ يقتضى وقوعهن معاً فوقعن كلهن كما لو قال

أنت طالق ثلاثا ، ولا نسلم أن الطلقة تقع مفردة فإن الطلاق لا يقع بمجرد التلفظ به لو وقع بذلك لما صح تعليقه بشرط ولاصح وصفه بالثلاث ولا بغيرها ، وكذلك الحكم لو قال إذا طلقته فأنت طالق معها طلقة ثم قال أنت طالق فانها تطلق طلقتين لما ذكرنا .

(فصل) فإن قال أنت طالق طلقة بعدها طلقة ثم قال أردت أنى أوقع بعدها طلقة دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين ، وإن قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة . قال أردت أنى طلقتهما قبل هذا في نكاح آخر أو أن زوجا قبلى طلقهما دين وهل يقبل في الحكم ؟ على ثلاثة أوجه . أحدها : يقبل . والآخر : لا يقبل . والثالث : يقبل إن كان وجد وإن لم يكن وجد لم يقبل . والصحيح أنه إذا لم يكن وجد لا يقبل لأنه لا يحتمل ما قاله .

(فصل) فإن قال أنت طالق طالق طالق وقال أردت التوكيد قبل منه لأن الكلام يكرر للتوكيد كقوله عليه السلام : فنيكاحها باطل باطل باطل ، وإن قصد الإيقاع وكرر الطلقات طلقت ثلاثا ، وإن لم ينو شيئا لم يقع إلا واحدة لأنه لم يأت بينهما بحرف يقتضى المغايرة فلا يمكن متغايرات ، وإن قال أنت طالق وطالق وطالق وقال أردت بالثانية التأكيد لم يقبل لأنه غابر بينها وبين الأولى بحرف يقتضى العطف والمغايرة وهذا يمنع التأكيد ، وأما الثالثة فهي كالثانية في لفظها ، فإن قال أردت بها التوكيد دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين إحداهما : يقبل وهي مذهب الشافعى لأنه كرر لفظ الطلاق مثل الأول فقبل تفسيره بالتأكيد كما لو قال أنت طالق أنت طالق .

والثانية : لا يقبل لأن حرف العطف للمغايرة فلا يقبل ما يخالف ذلك كما لا يقبل في الثانية ولو قال أنت طالق فطالق فطالق أو أنت طالق ثم طالق ثم طالق فالحكم فيها كالتى عطفها بالواو ، وإن غاير بين الحروف فقال أنت طالق وطالق ثم طالق أو طالق ثم طالق أو طالق وطالق فطالق ونحو ذلك لم يقبل في شيء منها لإرادة التوكيد لأن كل كلمة مغايرة لما قبلها مخالفة لها في لفظها والتوكيد إنما يكون بتكرير الأول بصورته .

(فصل) ولو قال أنت مطلقة أنت مسرحة أنت مفارقة وقال أردت التوكيد

بالثانية والثالثة قبل لأنه لم يغير بينهما بالحروف الموضوعه للغيارة بين الالفاظ بل أعاد اللفظة بمعناها ومثل هذا يعاد تأكيداً وإن قال أنت مطلقة ومسرحة ومفارقة وقال أردت التوكيد احتمل أن يقبل منه لأن اللفظ المختلف يعطف بعضه على بعض تأكيداً كقوله • فألقى قولها كذبا ومينا • ويحتمل أن لا يقبل لأن الواو تقتضي المغيارة فأشبهه ما لو كان بلفظ واحد .

• مسألة • قال (وإذا قال لغير مدخول بها أنت طاق وطاق وطاق لزمه الثلاث لأنه نسق وهو مثل قوله أنت طاق ثلاثا) .

وبهذا قال مالك والأوزاعي والليث وربيعة وابن أبي ليلى وحكى عن الشافعي في القديم ما يدل عليه ، وقال الثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو ثور لا يقع إلا واحدة لأنه أوقع الأولى قبل الثانية فلم يقع عليها شيء آخر كما لو فرقها .

ولنا : أن الواو تقتضي الجمع ولا ترتيب فيها فيكون موقعا للثلاث جميعا فيقعن عليها كقوله أنت طاق ثلاثا أو طلاقة معها طلقتان ، ويفارق ما إذا فرقها فإنها لا تقع جميعا وكذلك إذا عطف بعضها على بعض بحرف يقتضي الترتيب فإن الأولى تقع قبل الثانية بمقتضى إيقاعه وهنا لا تقع الأولى حين نطقه بها حتى يتم كلامه بدليل أنه لو ألحقه استثناء أو شرطاً أو صفة لحق به ولم يقع الأول مطلقاً ولو كان يقع حين تلفظه لم يلحقه شيء من ذلك ، وإذا ثبت أنه يقف وقوعه على تمام الكلام فإنه يقع عند تمام كلامه على الوجه الذي اقتضاه لفظه ، ولفظه يقتضي وقوع المطلقات الثلاث مجتمعات وهو معنى قول الخرقى لأنه نسق أي غير مفترق ، فإن قيل : إنما وقف أول الكلام على آخره مع الشرط والاستثناء لأنه مغير له ، والعطف لا يغير ، فلا يقف عليه وتبين أنه وقع أول ما لفظ به ، ولذلك لو قال لها أنت طاق أنت طاق لم يقع إلا واحدة ، قلنا : ما لم يتم الكلام فهو عرضة للتغيير إما بما يخصه بزمان أو يقيد به بقيد كالشرط وإما بما يمنع بعضه كالاستثناء وإما بما يبين عدد الواقع كالصفة بالعدد وأنشاء هذا فيجب أن يكون واقعا ولولا ذلك لما وقع بغير المدخول بها ثلاث بحال ، لأنه لو قال لها أنت طاق ثلاثا فوقعت بها طلاقة قبل قوله ثلاثا لم يمكن أن يقع بها شيء آخر ، وأما إذا قال أنت طاق أنت طاق فهاتان جملتان لاتعلق إحداهما

بالأخرى ولو تعقب إحداها شرط أو استثناء أو صفة لم يتناول الأخرى ولا وجه لوقوف إحداها على الأخرى والمعطوف مع المعطوف عليه شيء واحد لو تعقبه شرط لعاد إلى الجميع ، ولأن المعطوف لا يستقل بنفسه ولا يفيد بمفرده بخلاف قوله أنت طالق فإنها جملة مفيدة لا تعلق لها بالأخرى فلا يصح قياسها عليها .

(فصل) فإن قال أنت طالق طلقين ونصفاً فهي عندنا كالتى قبلها يقع الثلاث ، وقال مخالفونا يقع طلقان ، وإن قال إن دخلت الدار فأنت طالق وكرر ذلك ثلاثاً فدخلت طلقت ثلاثاً في قول الجميع لأن الصفة وجدت فاقضى وقوع الثلاث دفعة واحدة ، وإن قال إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق فدخلت الدار طلقت ثلاثاً وبه قال أبو يوسف ومحمد وأصحاب الشافعى فى أحد الوجهين وقال أبو حنيفة يقع واحدة لأن الطلاق المعلق إذا وجدت الصفة يكون كأنه أوقعه فى تلك الحال على صفته ولو أوقعه كذلك لم يقع إلا واحدة .

ولنا : أنه وجد شرط ووقع ثلاث طلاقات غير مرتبات فوقع الثلاث كالتى قبلها ، وإن قال إذا دخلت الدار فأنت طالق طلقه معها طلقتان فدخلت طلقت ثلاثاً وذكر مثل هذا بعض أصحاب الشافعى ولم يحك عنهم فيه خلافاً .

(فصل) وإن قال لغير مدخول بها أنت طالق ثم طالق ثم طالق إن دخلت الدار ، أو إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق ، أو إن دخلت فأنت طالق فطالق فطالق فدخلت طلقت واحدة فبانت بها ولم يقع غيرها . وبهذا قال الشافعى ، وذهب القاضى إلى أنها تطلق فى الحال واحدة تبين بها وهو قول أبى حنيفة فى الصورة الأولى لأن ثم تقطع الأولى عما بعدها لأنها لليلة فتكون الأولى موقعة والثانية معلقة بالشرط ، وقال أبو يوسف ومحمد لا يقع حتى تدخل الدار فيقع بها ثلاث لأن دخول الدار شرط لثلاث فوقعت كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق .

ولنا : أن ثم للعطف وفيها ترتيب فتعلقت التطبيقات كلها بالدخول لأن العطف لا يمنع تعليق الشرط بالمعطوف عليه ويجب الترتيب فيها كما يجب لو لم يعلقه بالشرط وفى هذا انفصال عما ذكره ولأن الأولى تلى الشرط فلم يحز وقوعها بدونها كما لو لم يعطف عليها ، ولأنه جعل الأولى جزاء للشرط وعقبه إياها بفاء التعقيب الموضوعة للجزاء ولم يحز تقديمها عليه كسائر نظائره ، ولأنه لو قال إن دخل زيد داري

فأعطاه درهما لم يحز أن يعطيه قبل دخوله فكذا هنا وما ذكروه تحكم ليس له شاهد في اللغة ولا أصل في الشرع .

(فصل) وإن قال المدخول بها إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق لم يقع بها شيء حتى تدخل الدار فتقع بها الثلاث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وذهب القاضي إلى وقوع طلقتين في الحال وتبقى الثالثة معلقة بالدخول وهو ظاهر الفساد فإنه يجعل الشرط المتقدم للمعطوف دون المعطوف عليه ويعلق به ما يبعد عنه دون ما يليه ويجعل جزاء ما لم توجد فيه الفاء التي يحازي بها دون ما وجدت فيه تحكما لا يعرف عليه دليل ولا نعلم له نظيراً ، وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق فطالق فطالق فدخلت طلقت ثلاثا في قولهم جميعا .

• مسأله ، قال (وإذا طلق ثلاثا وهو ينوى واحدة فهي ثلاث) .

وجملة ذلك : أن الرجل إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا فهي ثلاث وإن نوى واحدة لا نعلم فيه خلافا لأن اللفظ صريح في الثلاث والنية لا تعارض الصريح لأنها أضعف من اللفظ ولذلك لا تعمل بمجردهما والصريح قوى يعمل بمجردة من غير نية فلا يعارض القوى بالضعيف كما لا يعارض النص بالقياس ولأن النية إنما تعمل في صرف اللفظ إلى بعض محتملاته والثلاث نص فيها لا يحتمل الواحدة بحال فإذا نوى واحدة فقد نوى مالا يحتمله فلا يصح كما لو قال له على ثلاثة دراهم وقال أردت واحدا • مسألة ، قال (وإن طلق واحدة وهو ينوى ثلاثا فهي واحدة) .

أما إذا قال أنت طالق واحدة ونوى الثلاث لم يقع إلا واحدة لأن لفظه لا يحتمل أكثر منها ، فإذا نوى ثلاثا فقد نوى مالا يحتمله لفظه فلو وقع أكثر من ذلك لوقع بمجرد النية وبمجرد النية لا يقع بها طلاق . وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يقع ثلاث لأنه يحتمل واحدة معها اثنتان . وهذا فاسد فإن قوله معها اثنتان لا يؤديه معنى الواحدة ولا يحتمله فنيته فيه نية مجردة فلا تعمل كما لو نوى الطلاق من غير لفظ ، وأما إذا قال أنت طالق ونوى ثلاثا فهذا فيه روايتان .

أحدهما : لا يقع إلا واحدة وهو قول الحسن وعمر بن دينار والثوري والأوزاعي وأصحاب الرأي لأن هذا اللفظ لا يتضمن عددا ولا يذوثة فلم تقع به

الثلاث كما لو قال أنت طالق واحدة ، بياه أن قوله أنت طالق إخبار عن صفة هي عليها فلم يتضمن العدد كقوله قائمة وحائض وطاهر .

والرواية الثانية : إذا نوى ثلاثاً وقع الثلاث وهو قول مالك والشافعي وأبي عبيد وابن المنذر لأنه لفظ لو قرن به لفظ الثلاث كان ثلاثاً فإذا نوى به الثلاث كان ثلاثاً كالكنيات ولأنه نوى بلفظه ما يحتمله فوقع ذلك به كالكناية وبيان احتمال اللفظ للعدد أنه يصح تفسيره به فيقول أنت طالق ثلاثاً ولأن قوله طالق اسم فاعل واسم الفاعل يقتضى المصدر كما يقتضيه الفعل ، والمصدر يقع على القليل والكثير ، وفارق قوله أنت حائض وطاهر لأن الحيض والطهر لا يمكن تعدده في حقها والطلاق يمكن تعدده .

(فصل) فإن قال أنت طالق طلاقاً ونوى ثلاثاً وقع لأنه صرح بالمصدر والمصدر يقع على القليل والكثير فقد نوى بلفظه ما يحتمله وإن نوى واحدة فهي واحدة وإن أطلق فهي واحدة لأنه اليقين ، وإن قال أنت طالق الطلاق وقع ما نواه وإن لم ينو شيئاً فحكى فيها القاضى روايتين . إحداهما يقع الثلاث نص عليها أحمد في رواية مهنا لأن الألف واللام للاستغراق فيقتضى استغراق الكل وهو ثلاث . والثانية : أنها واحدة لأنه يحتمل أن تعود الألف واللام إلى معهود يريد الطلاق الذى أوقعته ولأن اللام فى أسماء الاجناس تستعمل لغير الاستغراق كثيراً كقوله ومن أكره على الطلاق - وإذا عقل الصبي الطلاق - واغتسلت بالماء - وتيممت بالتراب - وقرأت العلم والحديث والفقه - وهذا مما يراد به ذلك الجنس ولا يفهم منه الاستغراق . فعند ذلك لا يحمل على التعميم إلا بنية صارفة إليه ، وهكذا لو قال لامراته أنت الطلاق فإن أحمد قال إن أراد ثلاثاً فهي ثلاث وإن نوى واحدة فهي واحدة وإن لم ينو شيئاً فكلام أحمد يقتضى أن تكون ثلاثاً لأنه قال أنت الطلاق فهذا قد بين أى شئ بقى هي ثلاث ، وهذا اختيار أبي بكر ويخرج فيها أنها واحدة بناء على المسألة قبلها ووجه القولين ما تقدم ، وبما يبين أنه يراد بها الواحدة قول الشاعر :

فأنت الطلاق وأنت الطلاق وأنت الطلاق ثلاثاً تماماً

فجعل المكرر ثلاثاً ، ولو كان للاستغراق لكان ذلك تسعاً .

(فصل) ولو قال الطلاق يلزمني أو الطلاق لي لازم فهو صريح فإنه يقال لمن وقع طلاقه لزمه الطلاق وقالوا إذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه ، ولعلمهم أرادوا لزمه حكمه فحذفوا المضاف وأقاموا المضاف إليه مقامه ثم اشتهر ذلك حتى صار من الأسماء العرفية وانغمزت الحقيقة فيه ويقع به مانواه من واحدة أو اثنتين أو ثلاث وإن أطلق ففيه روايتان وجههما ما تقدم ، وإن قال على الطلاق فهو بمثابة قوله : الطلاق يلزمني لأن من لزمه شيء فهو عليه كالدين ، وقد اشتهر استعمال هذا في إيقاع الطلاق ، ويخرج فيه في حالة الإطلاق الروايتان هل هو ثلاث أو واحدة ؟ والأشبه في هذا جميعه أن يكون واحدة لأن أهل العرف لا يعتقدونه ثلاثاً ولا يعلمون أن الآلف واللام للاستغراق ، ولهذا ينكر أحدهم أن يكون طلاق ثلاثاً ولا يعتقد أنه طاق إلا واحدة ، فقطضى اللفظ في ظنهم واحدة فلا يريدون إلا ما يعتقدونه مقتضى لفظهم فيصير كأنهم نواوا الواحدة .

(فصل) وإن قال أنت طالق للسنة طلقت واحدة في وقت السنة ، وذهب أبو حنيفة إلى أنها تطلق ثلاثاً في ثلاثة قروء بناء منه على أن هذا هو السنة وقد بينا أن طلاق السنة طلقة واحدة في طهر لم يصحبها فيه ، وإن قال أنت طالق السنة وقعت بها واحدة في طهر لم يصحبها فيه أيضاً إلا أن ينوي الثلاث فتكون ثلاثاً لأنه ذكر المصدر والمصدر يقع على الكثير والقليل بخلاف التي قبلها .

(فصل) وإن قال العجمي بهشتم لبسار طلقت امرأته ثلاثاً نص عليه أحمد لأن معناه أنت طالق كثيراً ، وإن قال بهشتم (بالفارسية) فحسبت طلقت واحدة إلا أن ينوي ثلاثاً فتكون ثلاثاً ، نص عليه أحمد في رواية ابن منصور ، وقال القاضي : يخرج فيه روايتان بناء على قوله : أنت طالق لأن هذا صريح وذاك صريح فهما سواء ، والصحيح أنه يقع ما نواه لأن معناها خليتك ، وخايتك يقع بها ما نواه وكذا هنا وإنما صارت صريحة لشهرة استعمالها في الطلاق وتعيينها له وذلك لا ينفي معناها ولا يمنع العمل به إذا أراده ، وإن قال فارقتك أو مرحتك ونوى واحدة أو أطلق فهي واحدة وإن نوى ثلاثاً فهي ثلاث لأنه فعل يمكن أن يعبر به عن

القليل والكثير ، وكذلك لو قال طلقته .

(فصل) ولا يقع الطلاق بغير لفظ الطلاق إلا في موضعين . أحدهما : من لا يقدر على الكلام كالأخرس إذا طلق بالإشارة طلقت زوجته وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لأنه لا طريق له إلى الطلاق إلا بالإشارة فقامت إشارته مقام الكلام من غير نية كالنسكاح فأما القادر فلا يصح طلاقه بالإشارة كما لا يصح نكاحه بها فإن أشار الأخرس بأصابعه الثلاث إلى الطلاق طلقت ثلاثاً لأن إشارته جرت مجرى نطق غيره . ولو قال الناطق أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاث لم يقع إلا واحدة لأن إشارته لا تكفي ، وإن قال أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث طلقت ثلاثاً لأن قوله هكذا تصريح بالتشبيه بالأصابع في العدد وذلك يصلح بياناً كما قال النبي صلى الله عليه وسلم « الشهر هكذا وهكذا ، وأشار بيده مرة ثلاثين ومرة تسعاً وعشرين وإن قال أردت الإشارة بالأصبعين المقبوضتين قبل منه لأنه يحتمل ما يدعيه .

الموضع الثاني : إذا كتب الطلاق فإن نواه طلقت زوجته وبهذا قال الشعبي والنخعي والزهري والحكم وأبو حنيفة ومالك وهو المنصوص عن الشافعي ، وذكر بعض أصحابه أن له قولاً آخر أنه لا يقع به طلاق ؛ وإن نواه لأنه فعل من قادر على التطبيق فلم يقع به الطلاق كالإشارة .

ولنا : أن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق فإذا أتى فيها بالطلاق وفهم منها ونواه وقع كاللفظ ولأن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب بدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان مأموراً بتبليغ رسالته فحصل ذلك في حق البعض بالقول وفي حق آخرين بالكتابة إلى ملوك الأطراف ولأن كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في إثبات الديون والحقوق فأما إن كتب ذلك من غير نية فقال أبو الخطاب قد خرجها القاضي الشريف في الإرشاد على روايتين . إحداهما : يقع وهو قول الشعبي والنخعي والزهري والحكم لما ذكرنا : والثانية : لا يقع إلا بنية وهو قول أبي حنيفة ومالك ومنصوص الشافعي لأن الكتابة محتملة فإنه يقصد بها تجربة القلم وتجويد الخط وغم الأهل فلم يقع من غير نية ككنايات الطلاق فإن نوى بذلك تجويد

خطه أو تجربة قلبه لم يقع لأنه لو نوى باللفظ غير الإيقاع لم يقع فالكتابة أولى ، وإذا ادعى ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى ، ويقبل أيضاً في الحكم في أصح الوجهين لأنه يقبل ذلك في اللفظ الصريح في أحد الوجهين فهنا مع أنه ليس بلفظ أولى ، وإن قال نويت غم أهلي فقد قال في رواية أبي طالب فيمن كتب طلاق زوجته ونوى الطلاق وقع ، وإن أراد أن يغم أهله فقد عمل في ذلك أيضاً يعني أنه يؤخذ به لقول النبي صلى الله عليه وسلم « إن الله عفا لامتي عما حدثت به أنفسها ما لم تكلم أو تعمل به » ، فظاهر هذا أنه أوقع الطلاق لأن غم أهله يحصل بالطلاق فيجتمع غم أهله ووقوع طلاقه ، كما لو قال أنت طالق يريد به غمها ، ويحتمل أن لا يقع لأنه أراد غم أهله بتوهم الطلاق دون حقيقته فلا يكون ناوياً للطلاق ، والخبر إنما يدل على مؤاخذته بما نواه عند العمل به أو الكلام ، وهذا لم ينو طلاقاً فلا يؤخذ به .

(فصل) وإن كتبه بشيء لا يبين مثل أن كتبه بأصبعه على وسادة أو في الهواء فظاهر كلام أحمد أنه لا يقع ، وقال أبو حفص العكبري يقع ، ورواه الأثرم عن الشعبي لأنه كتب حروف الطلاق فأشبهه ما لو كتبه بشيء يبين ، والاول أولى لأن الكتابة التي لا تبين كالحمس بالفهم بما لا يتبين وثم لا يقع فهنا أولى .

(فصل) إذا كتب لزوجته أنت طالق ثم استمد فكتب إذا أتاك كتابي أو علقه بشرط أو استثناء وكان في حال كتابته للطلاق مريداً للشرط لم يقع طلاقه في الحال لأنه لم ينو الطلاق في الحال بل نواه في وقت آخر ، وإن كان نوى الطلاق في الحال غير معلق بشرط طلقت للحال وإن لم ينو شيئاً وقتلنا إن المطلق يقع به الطلاق نظرنا فإن كان استمداداً لحاجة أو عادة لم يقع طلاق قبل وجود الشرط لأنه لو قال أنت طالق ثم أدركه النفس أو شيء يسكته فسكت لذلك ثم أتى بشرط تعلق به فالكتابة أولى وإن استمد لغير حاجة ولا عادة وقع الطلاق كما لو سكت بعد قوله أنت طالق لغير حاجة ثم ذكر شرطاً ، وإن قال اتى كتبه مريداً للشرط فقياس قول أصحابنا أنها لا تطلق قبل الشرط إلا أنه يدين ، وهل يقبل في الحكم ؟ على وجهين بناء على قولهم فيمن قال أنت طالق ثم قال أردت تعليقه على شرط وإن كتب إلى امرأته : أما بعد فأنت طالق طلقت في الحال سواء وصل إليها

الكتاب أو لم يصل وعدتها من حين كتبه ، وإن كتب إليها إذا وصلك كتابي فأنت طالق فأناها الكتاب طلقت عند وصوله إليها ، وإن ضاع ولم يصلها لم تطلق لأن الشرط وصوله ، وإن ذهبت كتابته بمحو أو غيره ووصل الكاغد لم تطلق لأنه ليس بكتاب ، وكذلك إن انطمس ما فيه لعرق أو غيره لأن الكتابة عبارة عما فيه الكتابة ، وإن ذهبت حواشيه أو تحرق منه شيء لا يخرج عنه كونه كتاباً ووصل باقيه طلقت لأن الباقي كتاب وإن تحرق بعض ما فيه الكتابة سوى ما فيه ذكر الطلاق فوصل طلقت لأن الاسم باق فينصرف الاسم إليه وإن تحرق ما فيه ذكر الطلاق فذهب ووصل باقيه لم تطلق لأن المقصود ذاهب فإن قال لها إذا أتاك طلاق فأنت طالق ثم كتب إليها إذا أتاك كتابي فأنت طالق فأناها الكتاب طلقت طلقتين لوجود الصفتين في مجيء الكتاب ، فإن قال أردت إذا أتاك كتابي فأنت طالق بذلك الطلاق الذي علقته دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين .

(فصل) ولا يثبت الكتاب بالطلاق إلا بشاهدين عدلين أن هذا كتابه ، قال أحمد في رواية حرب في امرأة أتاها كتاب زوجها بخطه وخاتمه بالطلاق : لا تزوج حتى يشهد عندها شهود عدل . قيل له فإن شهد حامل الكتاب ؟ قال لا إلا شاهدان فلم يقبل قول حامل الكتاب وحده حتى يشهد معه غيره لأن الكتب المثبتة للحقوق لا تثبت إلا بشاهدين ككتاب القاضي وظاهر كلام أحمد أن الكتاب يثبت عندها بشهادتهما بين يديها وإن لم يشهدا به عند الحاكم لأن أثره في حقها في العدة وجواز النزويج بعد انقضائها ، وهذا معنى يختص به لا يثبت به حق على الغير فاكفى فيه بسماعها للشهادة ، ولو شهد شاهدان أن هذا خط فلان لم يقبل لأن الخط يشبه به ويزور ، ولهذا لم يقبله الحاكم ، ولو اكتفى بمعرفة الخط لاكتفى بمعرفتها له من غير شهادة .

وذكر القاضي أنه لا يصح شهادة الشاهدين حتى يشاهداه يكتبه ثم لا يغيب عنهما حتى يؤديا الشهادة . وهذا مذهب الشافعي . والصحيح أن هذا ليس بشرط فإن كتاب القاضي لا يشترط فيه ذلك فهذا أولى . وقد يكون صاحب الكتاب لا يعرف الكتابة وإنما يستنيب فيها وقد يستنيب فيها من يعرفها بل متى أتاها بكتاب وقراه عليها وقال هذا كتابي كان لها أن يشهدا به .

باب الطلاق بالحساب

« مسألة ، قال (وإذا قال لها نصفك طالق أو يدك أو عضو من أعضائك طالق أو قال لها أنت طالق نصف تطليقة أو ربع تطليقة وقعت بها واحدة) .

الكلام في هذه المسألة في فصلين . أحدهما : أنه إذا طلق جزءاً منها . والثاني : إذا طلق جزءاً من طلقة . فأما الأول فإنه متى طلق من المرأة جزءاً من أجزائها الثابتة طلقت كلها سواء كان جزءاً شائعاً كنصفها أو سدسها أو جزءاً من ألف جزء منها ، أو جزءاً معيناً كيدما أو رأسها أو أصبعها وهذا قول الحسن ومذهب الشافعي وأبي ثور وابن القاسم صاحب مالک ومذهب أصحاب الرأي إلا أنه إن أضافه إلى جزء شائع أو واحد من أعضاء خمسة : الرأس ، والوجه ، والرقبة ، والظهر ، والفرج . طلقت ، وإن أضافه إلى جزء معين غير هذه الخمسة لم تطلق لأنه جزء تبقى الجملة منه بدونه أو جزء لا يعبر به عن الجملة فلم تطلق المرأة بإضافة الطلاق إليه كالسن والظفر .

وانما : أنه أضاف الطلاق إلى جزء ثابت استباحه بعقد النكاح فأشبهه الجزء الشائع والأعضاء الخمسة ولأنها جملة لا يتبعض في الحل والحرمه وجد فيها ما يقتضى التحريم والاباحه فغلب فيها حكم التحريم كما لو اشترك مسلم ومجوسى فى قتل صيد وفارق ما قاسوا عليه فإنه ليس بثابت والشعر والظفر ليس بثابت فإنهما يزولان ويخرج غيرهما ولا ينقض مسهما الطهارة .

الفصل الثانى : إذا طلقها نصف تطليقة أو جزءاً منها وإن قل ، فإنه يقع بها طلقة كاملة فى قول عامة أهل العلم إلا داود قال : لا تطلق بذلك . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أنها تطلق بذلك منهم الشعبي والحارث العملى والزهرى وقتادة والشافعى وأصحاب الرأي وأبو عبيد ، قال أبو عبيد وهو قول مالك وأهل الحجاز والثورى وأهل العراق وذلك لأن ذكر بعض ما لا يتبعض ذكر الجميعه كما لو قال نصفك طالق .

(فصل) فإن قال أنت طالق نصنى طلقة وقعت طلقة لأن نصنى الشيء كله وإن

قال ثلاثة أنصاف طلبة طلقت طلقتين لأن ثلاثة أنصاف طلبة ونصف فكل النصف فصار طلقتين ، وهذا وجه لأصحاب الشافعي ، ولهم وجه آخر أنها لا تطلق إلا واحدة لأنه جعل الأنصاف من طلبة واحدة فيسقط ما ليس منها وتقع طلبة ولا يصح لأن إسقاط الطلاق الموضع من الأول في المحل لا سبيل إليه وإنما الإضافة إلى الطلبة الواحدة غير صحيح فلفت الإضافة .

وإن قال أنت طالق نصف طلقتين طلقت واحدة لأن نصف الطلقتين طلبة ، وذكر أصحاب الشافعي وجهاً آخر أنه يقع طلقتان لأن اللفظ يقتضي النصف من كل واحدة منهما ثم بكل ، وما ذكرناه أولى لأن التصنيف يتحقق به وفيه عمل باليقين وإلغاء للشك وإيقاع ما أوقعه من غير زيادة فكان أولى . وإن قال أنت طالق نصف طلقتين وقعت طلقتان لأن نصف الشيء جميعه فهو كما لو قال أنت طالق طلقتين . وإن قال أنت طالق نصف ثلاث طلقات طلقت طلقتين لأن نصفها طلبة ونصف ثم يكمل النصف فتصير طلقتين .

(فصل) وإن قال أنت طالق نصف وثلاث سدس طلبة وقعت طلبة لأنها أجزاء الطلبة ، ولو قال : أنت طالق نصف طلبة وثلاث طلبة وسدس طلبة فقال أصحابنا يقع ثلاث لأنه عطف جزءاً من طلبة على جزء من طلبة فظاهره أنها طلقات متغايرة ولأنها لو كانت الثانية هي الأولى لجاء بها بلام التعريف فقال ثلاث الطلبة وسدس الطلبة ، فإن أهل العربية قالوا إذا ذكر لفظ ثم أعيد منكره فالثاني غير الأول وإن أعيد معرفاً بالالف واللام فالثاني هو الأول كقوله تعالى (إن مع العسر يسراً) إن مع العسر يسراً فالعسر الثاني هو الأول لاعادته معرفاً واليسر الثاني غير الأول لاعادته منكره . ولهذا قيل « لن يغلب عسر يسرين » وقيل لو أراد بالثانية الأولى لذكرها بالضمير لأنه الأولى .

وإن قال أنت طالق نصف طلبة ثلاث طلبة سدس طلبة طلقت طلبة لأنه لم يعطف بواو العطف ، فيدل على أن هذه الأجزاء من طلبة غير متغايرة ولأنه يكون الثاني ههنا بدلاً من الأول والثالث من الثاني والبدل هو المبدل أو بعضه فم يقتض المغايرة . وعلى هذا التعليل لو قال أنت طالق طلبة نصف طلبة أو طلبة طلبة لم

تطابق إلا طلقة ، فإن قال طالق نصفاً وثلاثاً وسدساً لم يقع إلا طلقة لأن هذه أجزاء الطلقة إلا أن يريد من كل طلقة جزءاً فتطلق ثلاثاً .

ولو قال أنت طالق نصفاً وثلاثاً وربعاً طلقت طلقتين لأنه يزيد على الطلقة نصف سدس ثم يكمل ، وإن أراد من كل طلقة جزءاً طلقت ثلاثاً ، وإن قال أنت طلقة أو أنت نصف طلقة أو أنت نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة أو أنت نصف طالق وقع بها طلقة بناء على قولنا في أنت الطلاق أنه صريح في الطلاق وههنا مثله .

(فصل) فإن قال لأربع نسوة له أوقعت بينكن طلقة طلقت كل واحدة منهن طلقة ، كذلك قال الحسن والشافعي وابن القاسم وأبو عبيد وأصحاب الرأي لأن اللفظ اقتضى قسمها بينهن لكل واحدة ربعاً ثم تكملت . وإن قال بينكن طلقة فكذلك نص عليه أحمد لأن معناه أوقعت بينكن طلقة ، وإن قال أوقعت بينكن طلقتين وقع بكل واحدة طلقة ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي وقال أبو بكر والقاضي تطلق كل واحدة طلقتين ، ويروى عن أحمد ما يدل عليه فإنه روى عنه في رجل قال أوقعت بينكن ثلاث تطليقات : ما أرى إلا قد بن منه ، لأننا إذا قسمنا كل طلقه بينهن حصل لكل واحدة جزءان من طلقتين ثم تكمل ، والاول أولى لأنه لو قال أنت طالق نصف طلقتين طلقت واحدة ويكمل نصيبها من الطلاق في واحدة فيكون لكل واحدة نصف ثم يكمل طلقة واحدة ، وإلما يقسم بالأجزاء مع الاختلاف كالنحو ونحوها من المختلفات . أما الجمل المتساوية من جنس كالنقود فإنما تقسم برءوسها ويكمل نصيب كل واحد من واحد كأربعة لهم درهمان صحيحان فإنه يجعل لكل واحد نصف من درهم واحد والطلقات لا اختلاف فيها ولأن فيما ذكرناه أخذاً باليقين فكان أولى من إيقاع طلقة زائدة بالشك ، فإن أراد قسمة كل طلقة بينهن فهو على ما قال أبو بكر ، وإن قال أوقعت بينكن ثلاث طلقات أو أربع طلقات فعلى قولنا تطلق كل واحدة طلقة وعلى قولها يطلق ثلاثاً ثلاثاً ، وإن قال أوقعت بينكن خمس طلقات وقع بكل واحدة طلقتان ، كذلك قال الحسن وقتادة والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لأن نصيب كل واحدة طلقة

وربع ثم تكل ، وكذلك إن قال ستاً أو سبعا أو ثمانياً ، وإن قال أوقعت بينكن تسماً طلقن ثلاثاً ثلاثاً .

(فصل) فإن قال أوقعت بينكن طلقة وطلقة وطلقة وقع بكل واحدة منهن ثلاث لأنه لما عطف وجب قسم كل طلقة على حدتها ويستوى في ذلك المدخول بها وغيرها في قياس المذهب لأن الواو لا تقتضى ترتيباً ، وإن قال : أوقعت بينكن نصف طلقة وثلاث طلقة وسدس طلقة فكذلك لأن هذا يقتضى وقوع ثلاث على ما قدمنا . وإن قال : أوقعت بينكن طلقة فطلقة أو طلقة ثم طلقة ثم طلقة أو أوقعت بينكن طلقة وأوقعت بينكن طلقة وأوقعت بينكن طلقة ثلاثاً ، إلا التي لم يدخل بها فإنها لا تطلق إلا واحدة لأنها بآت بالاولى فلم يلحقها ما بعدها .

(فصل) فإن قال لفسانه أثنى طوائق ثلاثاً أو طقتكن ثلاثاً طلقن ثلاثاً ثلاثاً . نص عليه أحد . لأن قوله طلقتكن يقتضى تطبيق كل واحدة منهن وتعميمه به ثم وصف ما عمّن به من الطلاق بأنه ثلاث فصار لكل واحدة ثلاث بخلاف قوله أوقعت بينكن ثلاثاً فإنه يقبضى قسمة الثلاث عليهن لكل واحدة منهن جزء منها وجزء الواحدة من الثلاث ثلاثة أرباع تطليقة .

د مسألة ، قال (وإن قال لها شعرك أو ظفرك طالق لم تطلق)

لأن الشعر والظفر يزولان ويخرج غيرهما فليس هما كالأعضاء الثابتة ، وبهذا قال أصحاب الرأي وقال مالك والشافعي تطلق بذلك ونحوه عن الحسن لأنه جزء يستباح بنكاحها فتطلق به كالأصبع .

ولنا أنه جزء ينفصل عنها في حال السلامة فلم تطلق بطلاقه كالحمل والريق فإنه لا إخلاف فيهما وفارق الأصبع فإنها لا تنفصل في حال السلامة ولأن الشعر لا روح فيه ولا ينبس بموت الحيوان ولا ينقض الضوء منه فأشبهه العرق والريق واللبن ولأن الحمل متصل بها وإنما لم تطلق بطلاقه لأن مآله إلى الانفصال وهذه كذلك ، والسن في معناها لأنها تزول من الصنبر ويخلف غيرها وتتقلع من الكبير .

(فصل) وإن أضافه إلى الريق والدمع والعرق والحمل لم تطلق لا نعلم فيه خلافاً لأن هذه ليست من جسمها وإنما الريق والدمع والعرق فضلات تخرج من جسمها فهو كلبنها، والحمل مودع فيها. قال الله تعالى (وهو الذي أنشأكم من نفس واحدة فمستقر ومستودع) قيل مستودع في بطن الأم ، وإن أضافه إلى الروح . فقال أبو بكر : لا يختلف قول أحد في الطلاق والعناق والظهار والحرام أن هذه الأشياء لا تقع إذا ذكر أربعة أشياء : الشعر والسن والظفر والروح جرد القول عنه مهنا ابن يحيى والفضل بن زياد القطان ، فبذلك أقول ووجهه أن الروح ليست عضواً ولا شيء يستمتع به .

« مسألة ، قال (وإذا لم يدر أطلق أم لا فلا يزول يقين النكاح بشك الطلاق) .

وجملة ذلك : أن من شك في طلاقه لم يلزمه حكمه نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي لأن النكاح ثابت بيقين فلا يزول بشك . والاصل في هذا حديث عبد الله بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه سئل عن الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة فقال : لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً ، متفق عليه . فأمره بالبناء على اليقين وإطراح الشك ، ولأنه شك طرأ على يقين فوجب إطراحه كالأشك المتطهر في الحدث أو المحدث في الطهارة ، والورع التزام الطلاق . فإن كان المشكوك فيه طلاقاً رجعياً راجع امرأته إن كانت مدخولاً بها أو جدد نكاحها إن كانت غير مدخول بها أو قد انقضت عدتها ، وإن شك في طلاق ثلاث طلقها واحدة وتركها لأنه إذا لم يطلقها فيقين نكاحه باق فلا تحل لغيره . وحكى عن شريك أنه إذا شك في طلاقه طلقها واحدة ثم راجعها لتكون الرجعة عن طاعة فتكون صحيحة في الحكم وليس بشيء لأن التلفظ بالرجعة ممكن مع الشك في الطلاق ، ولا يفتقر إلى ما يفتقر إليه العبادات من النية ، ولأنه لو شك في طائفتين فطلق واحدة إصراً شاكاً في تحريمها عليه فلا تفيد الرجعة .

« مسألة ، قال (وإذا طلق فلم يدر أواحدة طلق أم ثلاثا اعتزلها وعليه نفقتها ما دامت في العدة ، فإن راجعها في العدة لزمته النفقة ولم يطأها حتى يتيقن كم الطلاق ؟ لأنه متيقن للتحريم شك في التحليل) .

وجملة ذلك : أنه إذا طلق وشك في عدد الطلاق فإنه ينبغي على اليقين : نص عليه أحمد في روايه ابن منصور في رجل لفظ بطلاق امرأته لا يدرى واحدة أم ثلاثا ؟ قال : أما الواحدة فقد وجبت عليه وهي عنده حتى يستيقن ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . لأن ما زاد على القدر الذي تيقنه طلاق مشكوك فيه فلم يلزمه كما لو شك في أصل الطلاق . وإذا ثبت هذا فإنه تبقى أحكام المطلق دون الثلاث من إباحة الرجعة ، وإذا راجع وجبت النفقة وحقوق الزوجية ، قال الخرقي : ويحرم وطؤها ، ونحوه قول مالك . إلا أنه حكى عنه أنه يلزمه الأكثر من الطلاق المشكوك فيه وقولها تيقن في التحريم لأنه تيقن وجوده بالطلاق وشك في رفعه بالرجعة فلا يرتفع بالشك كما لو أصاب ثوبه نجاسة وشك في موضعها فإنه لا يزول حكم النجاسة بغسل موضع من الثوب ولا يزول إلا بغسل جميعه ، وفارق لزوم النفقة ، فإنها لا تزول بالطلقة الواحدة فهي باقية ، لأنها كانت باقية ولم يتيقن زوالها ، وظاهر قول غير الخرقي من أصحابنا أنه إذا راجعها حلت له وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور لأن التحريم المتعلق بما ينفيه يزول بالرجعة يقينا . فإن التحريم أنواع : تحريم تزيله الرجعة ، وتحريم يزيله نكاح جديد ، وتحريم يزيله نكاح بعد زوج وإصابة ، ومن تيقن الأدنى لا يثبت فيه حكم الأعلى كمن تيقن الحدث الأصغر لا يثبت فيه حكم الأكبر ويزول تحريم الصلاة بالطهارة الصغرى ، ويخالف الثوب فإن غسل بعضه لا يرفع ما تيقنه من النجاسة ، فنظير مسألتنا أن يتيقن نجاسة كم الثوب ويشك في نجاسة سائره ، فإن حكم النجاسة فيه يزول بغسل الكم وحدها كذا ههنا ، ويمكن منع حصول التحريم ههنا ومنع يقينه ، فإن الرجعية مباحة لزوجها في ظاهر المذهب فما هو إذا متيقن للتحريم بل شك فيه متيقن للإباحة .

(فصل) إذا رأى رجلان طائراً خلف أحدهما بالطلاق أنه غراب وحلف

الآخر بالطلاق أنه حرام ، فطار فلم يعلم حاله لم يحكم بحنث واحد منهما لأن يقين
النكاح ثابت ووقوع الطلاق مشكوك فيه . فإذا ادعت امرأة أحدهما حنثه فيها فالقول
قوله ، لأن الأصل معه واليقين في جانبه ، ولو كان الحالف واحداً فقال . إن كان
غريباً ففساؤه طوالت ، وإن كان حمماً فعيده أحرار . أو قال : إن كان غريباً
فزيغ طالق وإن كان حمماً فهند طالق . ولم يعلم ما هو لم يحكم بحنثه في شيء . لأنه
متيقن للنكاح شك في الحنث فلا يزول عن يقين النكاح والملك بالشك . فأما إن
قال أحد الرجلين إن كان غريباً فامرأته طالق ثلاثاً ، وقال الآخر : إن لم يكن غريباً
فامرأته طالق ثلاثاً . فطار ولم يعلم حاله فقد حنث أحدهما لا بعينه ولا يحكم به
في حق واحد منهما بعينه بل تبقى في حقه أحكام النكاح من النفقة والكسوة والسكنى
لأن كل واحد منهما يقين نكاحه باق ووقوع طلاقه مشكوك فيه . فأما الوطء فذكر
القاضي أنه يحرم عليهما لأن أحدهما حانث يقين وامرأته محرمة عليه وقد أشكل
لحرم عليهما جميعاً كما لو حنث في إحدى امرأتيه لا بعينها ، وقال أصحاب الرأي
والشافعي : لا يحرم على واحد منهما وطء امرأته لأنه محكوم ببقاء نكاحه ولم يحكم
بوقوع الطلاق عليه ، وفارق الحانث في إحدى امرأتيه لأنه معلوم زوال نكاحه عن
إحدى زوجتيه قلنا إنما تحقق حنثه في واحدة غير معينة ، وبالنظر إلى كل واحدة
مفردة فيقين نكاحها باق وطلاقها مشكوك فيه ، ولكن لما تحققنا إن أحدهما حرام
ولم يمكن تمييزها حرماً عليه جميعاً وكذلك هنا قد علمنا أن أحد هذين الرجلين قد
طلقت امرأته وحرمت عليه وتعذر التمييز فيحرم الوطء عليهما ويصير كما لو تنجس
أحد الإناءين لا بعينه فإنه يحرم استعمال كل واحد منهما سواء كانا لرجلين أو لرجل
واحد . وقال مكحول يحمل الطلاق عليهما جميعاً ومال إليه أبو عبيد فإن ادعى
كل واحد منهما أنه علم الحال وأنه لم يحنث دين فيما بينه وبين الله تعالى ، ونحو هذا
قال عطاء والشعبي والزهرى والحارث العكلي والثوري والشافعي ، لأن كل واحد
منهما يمكن صدقه فيما ادعاه ، وإن أقر كل واحد منهما أنه الحانث طلق زوجته
بإقرارهما على أنفسهما ، وإن أقر أحدهما حنثه وحده ، وإن ادعت امرأة أحدهما
عليه الحنث فأنكر فالقول قوله ، وهل يخلف ؟ يخرج على روايتين .

(فصل) فإن قال أحدهما إن كان هذا غريباً فبدي حر ، وقال الآخر : إن لم

يكن غراباً فعبدي حر فطار ولم يعلم حاله لم نحكم بعق واحد من العبدین ، فإن اشترى أحدهما عبد صاحبه بعد أن أنكر حنث نفسه عتق الذي اشتراه ، لأن إنكاره حنث نفسه اعتراف منه بحنث صاحبه وإقرار بعق الذي اشتراه ، وإذا اشترى من أقر بحريته عتق عليه ، وإن لم يكن منه إنكار ولا اعتراف فقد صار العبدان في يده وأحدهما حر ولم يعلم بعينه ، ويرجع في تعيينه إلى القرعة ، وهذا قول أبي الخطاب ، وذهب القاضى إلى أنه يعتق الذي اشتراه في الموضعين لأن تمسكه بعبده اعتراف منه برقه وحرية صاحبه ، وهذا مذهب الشافعى .

ولنا : أنه لم يعترف لفظاً ولا فعل ما يلزم منه الاعتراف ، فإن الشرع يسوغ له إمساك عبده مع الجهل استناداً إلى الأصل ، فكيف يكون معترفاً مع تصريحه بأننى لا أعلم الآخر منهما ؟ وإنما اكتفينا في إبقاء رقب عبده باحتمال الحنث في حق صاحبه ، فإذا صار العبدان له وأحدهما حر لا بعينه صار كأنهما كانا له فحلف بعق أحدهما وحده فيقرع بينهما حينئذ ، ولو كان الحالف واحداً فقال : إن كان غراباً فعبدي حر ، وإن لم يكن غراباً فأمتى حرة ولم يعلم حاله فإنه يقرع بينهما فيعتق أحدهما . فإن ادعى أحدهما أنه الذي عتق أو ادعى كل واحد منهما ذلك فالقول قول السيد مع يمينه .

(فصل) وإن قال ان كان غراباً فهذه طالق وإن لم يكن غراباً فهذه الأخرى طالق فطار ولم يعلم حاله فقد طلقت أحدهما فيحرم عليه قربانهما ويؤخذ بنفقتهما حتى تبين المطلقة منهما لأنهما مجبوستان عليه لحقه ، وذهب أصحابنا إلى أنه يقرع بينهما فتخرج بالقرعة المطلقة منهما كقولنا في العبيد ، والصحيح أن القرعة لا مدخل لها ههنا لما سذكروه فيما إذا طلق واحدة وأنسيها وهو قول أكثر أهل العلم فعلى هذا يبقى التحريم فيهما إلى أن يعلم المطلقة منهما ويؤخذ بنفقتهما ، فإن قال هذه التي حنثت فيها حرمت عليه ويقبل قوله في حل الأخرى ، فإن ادعت التي لم يعترف بطلاقها أنها المطلقة فالقول قوله لأنه منكر وهل يحلف ؟ يخرج على روايتين .

(فصل) فإن قال ان كان غراباً فنساؤه طواق وإن لم يكن غراباً فعبده أحرار وطار ولم يعلم حاله منع من التصرف في المملكين حتى يتبين وعليه نفقة الجميع فإن قال كان غراباً طاق نساؤه ورق عبده فإن ادعى أنه لم يكن غراباً ليعتقوا فالقول (م ٢٨ - ج ٧ - المغنى)

قوله . وهل يخالف ؟ يخرج على روايتين ، وإن قال لم يكن غرابا عتق عبيده ولم تطلق النساء ، فإن ادعين أنه كان غرابا يطلقن فالقول قوله وفي تحليفه وجهان ، وكل موضع قلنا يستحلف فكل عن اليمين قضى عليه بنكوله ، وإن قال لا أعلم ما الطائر ؟ فقياس المذهب أن يقرع بينهما فإن وقعت القرعة على الغراب طلاق النساء ورق العبيد وإن وقعت على العبيد عتقوا ولم تطلق النساء . وهذا قول أبي ثور ، وقال أصحاب الشافعي إن وقعت القرعة على العبيد عتقوا وإن وقعت على النساء لم يطلقن ولم يبتق العبيد لأن القرعة لها مدخل في العتق لكون النبي صلى الله عليه وسلم أقرع بين العبيد الستة ، ولا مدخل لها في الطلاق لأنه لم ينقل مثل ذلك فيه ولا يمكن قياسه على العتق لأن الطلاق حل قيد النكاح والقرعة لا تدخل في النكاح والعتق حل الملك والقرعة تدخل في تمييز الأملاك . قالوا ولا يقرع بينهم إلا بعد موته ويمكن أن يقال على هذا أن مالا يصلح للتعين في حق الموروث لا يصلح في حق الوارث كما لو كانت اليمين في زوجتين ولأن الإمام محرمات على الموروث تحريما لا تزيله القرعة فلم ينجز للوارث بها كما لو تعين العتق فيهن .

« مسألة ، قال (وإذا قال لزوجاته إحداكن طالق ولم ينو واحدة بعينها أقرع بينهما فأخرجت بالقرعة المطلقة منهن) .

وجملته : إنه إذا طلق امرأة من نسائه لا بعينها فإنها تخرج بالقرعة نص عليه في رواية جماعة ، وبه قال أبو الحسن وأبو ثور . وقال قتادة ومالك يطلقن جميعا ، وقال حماد بن أبي سليمان والثوري وأبو حنيفة والشافعي له أن يختار أيتهن شاء فيوقع عليها الطلاق لأنه يملك إيقاعه ابتداء وتعيينه فإذا أوقعه ولم يعينه ملك تعيينه لأنه استيفاء ما ملكه .

ولنا : أن ما ذكرناه مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما ولا يخالف لهما في الصحابة ، ولأنه إزالة ملك بني على التغليب والسراية فتدخله القرعة كالعتق وقد ثبت الأصل بكون النبي صلى الله عليه وسلم أقرع بين العبيد الستة ولأن الحق لواحد غير معين فوجب تعيينه بالقرعة كالحرية في العبيد إذا اعتقهم في مرضه ولم يخرج جميعهم من الثلث وكالسفر بإحدى نسائه والبداية بإحدى مدهن في القسم وكالشريكين إذا اقتسما ، ولأنه طلق واحدة من نسائه لا يعلم عينها فلم يملك تعيينها

باختياره كالمسنية ، وأما الدليل على أنهم لا يطلقون جميعاً أنه أضاف الطلاق إلى واحدة فلم يطلق الجميع كما لو عيناها، قولهم إنه كان يملك الإيقاع والتعيين قلنا : يملكه للتعيين بالإيقاع لا يلزمه أن يملكه بعده كما لو طلق واحدة بعينها وأنسها ، وأما إن نوى واحدة بعينها طلقت وحدها لأنه عيناها بنيتها فأشبه ما لو عيناها بلفظه ، وإن قال إنما أردت فلانة قبل منه لأنه يحتمل ما قاله ، وإن مات قبل القرعة والتعيين أقرع الورثة بينهم فمن وقعت عليها قرعة الطلاق لحكمها في الميراث حكم ما لو عيناها بالتطليق .

(فصل) وإذا قال لنسائه إحداكن طالق غداً فجاء غداً طلقت واحدة منهن وأخرجت بالقرعة ، فإن مات قبل الغد ورثته كلهن ، وإن مات إحداهن ورثها لأنها ماتت قبل وقوع الطلاق ، فإذا جاء غداً أقرع بين الميتة والأحياء فإن وقعت القرعة على الميتة لم يطلق شيء من الأحياء وصارت كالميتة بقوله أنت طالق غداً ، وقال القاضي قياس المذهب أن يتعين الطلاق في الأحياء فلو كانتا اثنتين فمات إحداهما طلقت الأخرى كما لو قال لامرأته وأجنبية إحداكما طالق وهو قول أبي حنيفة . والفرق بينهما ظاهر فإن الأجنبية ليست محلاً للطلاق وقت قوله فلا ينصرف قوله إليها وهذه قد كانت محلاً للطلاق وإرادتها بالطلاق بمكة وإرادتها بالطلاق كإرادة الأخرى وحديث الموت بها لا يقتضي في حق الأخرى طلاقاً فتبقى على ما كانت عليه والقول في تعليق العتق كالقول في تعليق الطلاق وإذا جاء غداً وقد باع بعض العبيد أقرع بينه وبين العبيد الأخر ، فإن وقعت على المبيع لم يعتق شيء منه ، وعلى قول القاضي ينبغي أن يتعين العتق في الباقيين ، وكذلك ينبغي أن يكون مذهب أبي حنيفة والشافعي . لأن له تعيين العتق عندهم بقوله ، فبيع أحدهم صرف للعتق عنه فيتعين في الباقيين ، وإن باع نصف العبد أقرع بينه وبين الباقيين ، فإن وقعت قرعته العتق عليه عتق نصفه وسرى إلى باقيه إن كان المعتق موسراً وإن كان معسراً لم يعتق إلا نصفه .

(فصل) وإذا قال امرأت طالق وأمتي حرة وله نساء وإماء ونوى بذلك معينة انصرف إليها ، وإن نوى واحدة مبهمة فهي مبهمة فيهن ، وإن لم ينو شيئاً فقال

أبو الخطاب يطلق نساؤه كلهن ويعتق إماموه لأن الواحد المضاف يراد به الكل كقوله تعالى (وإن تعدوا نعمة الله لا تحصوها) و (أحل لكم ليلة الصيام) ولأن ذلك يروى عن ابن عباس ، وقال الجماعة يقع على واحدة مبهمة وحكمه حكم مالمالو قال إحدا كن طالق وإحدا كن حرة لأن لفظ الواحد لا يستعمل في الجمع إلا مجازاً والكلام لحقيقته مالم يصرفه عنها دليل ، ولو تساوى الاحتمالان لوجب قصره على الواحدة لأنها اليقين فلا يثبت الحكم فيما زاد عليها بأمر مشكوك فيه وهذا أصح والله أعلم .

• مسألة ، قال (وإذا طلق واحدة من نسائه وأنسيها أخرجت بالقرعة) أكثر أصحابنا على أنه إذا طلق امرأة من نسائه وأنسيها أنها تخرج بالقرعة فيثبت حكم الطلاق فيها ويحل له الباقيات ، وقد روى اسماعيل بن سعيد عن أحمد ما يدل على أن القرعة لا تستعمل ههنا لمعرفة الحل وإنما تستعمل لمعرفة الميراث فإنه قال سألت أحمد عن الرجل يطلق امرأة من نسائه ولا يعلم أيتهن طاق ؟ قال أكره أن أقول في الطلاق بالقرعة . قلت أرأيت إن مات هذا ؟ قال أقول بالقرعة وذلك لأنه تصير القرعة على المال ، وجماعة من روى عنه القرعة في المطلقة المذسية إنما هو في التوريث ، فأما في الحل فلا ينبغي أن يثبت بالقرعة وهذا قول أكثر أهل العلم قال كلام إذن في المسألة في شيئين : أحدهما : في استعمال القرعة في المذسية للتوريث والثاني : في استعمالها فيها للحل ، أما الأول فوجهه : ما روى عبد الله بن حميد قال : سألت أبا جعفر عن رجل قدم من خراسان وله أربع نسوة قدم البهرة فطلق إحداهن ونكح ثم مات لا يدري الشهود أيتهن طلق ؟ فقال قال على رضي الله عنه أقرع بين الأربع وأنذر منهن واحدة وأقسم بينهن الميراث ، ولأن الحقوق إذا تساوت على وجه لا يمكن التمييز إلا بالقرعة صح استعمالها كالشركاء في القسمة والعبيد في الحرية ، وأما القرعة في الحل في المذسية فلا يصح استعمالها لأنه اشتبهت عليه زوجته بأجنبية فلم تحل له إحداهما بالقرعة كما لو اشتبهت بأجنبية لم يكن له عليها عقد ولأن القرعة لا تزيل التحريم من المطلقة ولا ترفع الطلاق عن وقوع عليه ، ولا احتمال كون المطلقة غير من خرجت عليها القرعة ولهذا لو ذكر أن المطلقة

غيرها حرمت عليه ، ولو ارتفع التحريم أو زال الطلاق لما عاد بالذكر فيجب بقاء التحريم بعد القرعة كما كان قبلها ، وقد قال الخرقى فيمن طلق امرأته فلم يدر أواحدة طلق أم ثلاثا ؟ ومن حلف بالطلاق أن لا يأكل ثمرة ف وقعت في تمر فأكل منه واخدة : لا تحل له امرأته حتى يعلم أنها ليست التي وقعت عليها اليمين لحرمتها مع أن الأصل بقاء النكاح ولم يعارضه يقين التحريم فهنا أولى . وهكذا الحكم في كل موضع وقع الطلاق على امرأة بعينها ثم اشتبهت بغيرها مثل أن يرى امرأته في روزنة أو مولية فيقول أنت طالق ولا يعلم عينها من نسائه وكذلك إذا وقع الطلاق على إحدى نسائه في مسألة الطائر وشبهها فإنه يحرم جميع نسائه عليه حتى تبين المطلقة ويؤخذ بنفقة الجميع لأنهن محبوسات عليه وإن أقرع بينهن لم تفد القرعة شيئا ولا يحل لمن وقعت عليها القرعة التزوج لأنها يجوز أن تكون غير المطلقة ولا يحل للزوج غيرها لاحتمال أن تكون المطلقة . وقال أصحابنا إذا أقرع بينهن فخرجت القرعة على إحداهن ثبت حكم الطلاق فيها فحل لها النكاح بعد قضاء عدتها ، وحل للزوج من سواها كما لو كان الطلاق في واحدة غير معينة واحتجوا بما ذكرنا من حديث علي ولأنها مطلقة لم تعلم بعينها فأشبهه ما لو قال إحداكن طالق ، ولأنه إزالة أحد المملكين المبنيين على التغليب والمرأية أشبه العتق ، والصحيح إن شاء الله أن القرعة لا تدخل هنا لما قدمنا ، وفارق ما قاسوا عليه فإن الحق لم يثبت لواحد بعينه فجعل الشرع القرعة معينة فإنها تصلح للتعين وفي مسألتنا الطلاق واقع في معينة لا محالة والقرعة لا ترفع غنها ولا توقعه على غيرها ولا يؤمن وقوع القرعة على غيرها واحتمال وقوع القرعة على غيرها كاحتمال وقوعها عليها بل هو أظهر في غيرها فإنهم إذا كن أربعة فاحتمال وقوعه في واحدة منهن بعينها أندر من احتمال وقوعه في واحدة من ثلاث ، ولذلك لو اشتبهت أخته بأجنبية أو مئة بمذكاة أو زوجته بأجنبية أو حلف بالطلاق لا يأكل ثمرة ف وقعت في تمر وأشبه ذلك مما يطول ذكره لا تدخله قرعة فكذا ههنا ، وأما حديث علي فهو في الميراث لا في الحل . وما نعلم بالقول بها في الحل من الصحابة قائلا .

(فصل) فعلى قول أصحابنا إذا ذكر أن المطلقة غير التي وقعت عليها القرعة فقد تبين أنها كانت محرمة عليه ويكون وقوع الطلاق من حين طلق لا من حين ذكر ، وقوله في هذا مقبول لأنه يقر على نفسه وترد إليه التي خرجت عليها القرعة لأننا تبينا أنها غير مطلقة ، والقرعة ليست بطلاق لا صريح ولا كناية فإن لم تكن تزوجت ردت إليه وقبل قوله في هذا لأنه أمر من جهته لا يعرف إلا من قبله إلا أن تكون قد تزوجت أو يكون بحكم حاكم لأنها إذا تزوجت تعلق بها حق الزوج الثاني فلا يقبل قوله في فسخ نكاحه . والقرعة من جهة الحاكم بالفرقة لا يمكن الزوج رفعها فتقع الفرقة بالزوجين . قال أحمد في رواية الميموني إذا كان له أربع نسوة فطلق واحدة منهن ولم يدر أيهن طلق يقرع بينهما فإن أقرع بينهما فوَقعت القرعة على واحدة ثم ذكر التي طلق فقال هذه ترجع إليه والتي ذكر أنه طلق يقع الطلاق عليها فإن تزوجت فهذا شيء قد مر فإن كان الحاكم أقرع بينهما فلا أحب أن ترجع إليه لأن الحاكم في ذلك أكبر منه ، وقال أبو بكر وابن حامد متى أقرع ثم قال بعد ذلك إن المطلقة غيرها وقع الطلاق بهما جميعاً ولا ترجع إليه واحدة منهما لأن التي عيناها بالطلاق تحرم بقوله وترثه إن مات ولا يرثها . ويحییء على قياس قولهما أن تلزمه نفقتها ولا يحل وطؤها .

(فصل) فإن قال هذه المطلقة قبل منه ، وإن قال هذه المطلقة بل هذه طلقنا لأنه أقر بطلاق الأولى قبل إقراره ثم قبل إقراره بطلاق الثانية ولم يقبل رجوعه عما أقر به من طلاق الأولى وكذلك لو كن ثلاثاً فقال هذه بل هذه طاقن كاهن وإن قال هذه أو هذه بل هذه طلقت الثانية وإحدى الأولتين ، وإن قال طلقت هذه بل هذه أو هذه طلقت الأولى وإحدى الآخرين ، وإن قال أنت طالق وهذه أو هذه ، فقال القاضي : هي كذلك وذكر أنه قول الكسائي .

وقال محمد بن الحسن : تطلق الثانية ويبقى الشك في الأولى والثالثة ، وجه الأول : أنه عطف الثانية على الأولى بغير شك ثم فصل بين الثانية والثالثة بحرف الشك فيكون الشك فيهما ، ولو قال طلقت هذه أو هذه وهذه طلقت الثالثة ، وكان الشك في الأولين . ويحتمل في هاتين المسألتين أن يكون الشك في الجميع لأنه في الأولى

أتى بحرف الشك بعدهما فيعود إليهما ، وفي المسألة الثانية عطف الثالثة على الشك .
 فعلى هذا إذا قال طلقت هذه وهذه أو هذه طولب بالبيان ، فإن قال هي الثالثة
 طلقت وحدها ، وإن قال لم أطلقها طلقت الأولتان ، وإن لم يبين أقرع بين الأولتين
 والثالثة ، قال القاضي في المجرد وهذا أصح ، وإن قال طلقت هذه أو هذه وهذه أخذ
 بالبيان ، فإن قال هي الأولى طلقت وحدها ، وإن قال ليست الأولى طلقت الأخرى
 كما لو قال طلقت هذه أو هاتين وليس له الوطء قبل التعيين فإن وطئ . لم يكن تعييناً ،
 وإن ماتت إحداها لم يتعين الطلاق في الأخرى وقال أبو حنيفة يتعين الطلاق
 في الأخرى لأنها ماتت قبل ثبوت طلاقها .

ولنا : أن موت إحداها أو وطأها لا ينفي احتمال كونها مطلقة فلم يكن تعييناً
 لغيرها كمرضها ، وإن قال طلقت هذه وهذه أو هذه وهذه فالظاهر أنه طلق اثنتين
 لا يدرى أهما الأولتان أم الآخرتان كما لو قال طلقت هاتين أو هاتين فإن قال هما
 الأولتان تعين الطلاق فيهما ، وإن قال لم أطلق الأولتين تعين الآخرتان ، وإن قال
 إما أشك في طلاق الثانية والآخرتين طلقت الأولى وبقي الشك في اثلاث ومتى
 فسر كلامه بشيء محتمل قبل منه .

مسألة ، قال (فإن مات قبل ذلك أقرع الورثة وكان الميراث للبواقي منهن) .
 نص أحمد على هذا . وقال أبو حنيفة : يقسم الميراث بينهن كلهن لأنهن تساوين
 في احتمال استحقاقه ولا يخرج الحق عنهن . وقال الشافعي : يوقف الميراث المختص
 بهن حتى يصطلحن عليه لأنه لا يعلم المستحق منهن . ووجه قول الخرقي قول
 على رضي الله عنه ولأنهن قد تساوين ولا سبيل إلى التعيين فوجب المصير إلى القرعة
 كن أعتق عبيداً في مرضه لا مال له سواهم ، وقد ثبت الحكم فيهم بالنص ولأن
 توريث الجميع توريث لمن لا يستحق يقينا والوقف لا إلى غاية حرمان لمن يستحق
 يقينا والقرعة يسلم بها من هذين المحذورين ولها نظير في الشرع .

(فصل) فإن مات بعضهن أو جميعهن قرعنا بين الجميع فنخرجت القرعة
 لها حرمناه ميراثها . وإن مات بعضهن قبله وبعضهن بعده وخرجت القرعة لميته

قبله حرمانه ميراثها ، وإن خرجت لميتة بعده حرمانها ميراثه والباقيات يرثنه ويرثته . فإن قال الزوج بعد موتها هذه التي طلقها أو قال في غير المعينة هذه التي أردتها حرم ميراثها لأنه يقر على نفسه ويرث الباقيات سواء صدقه ورثتهن أو كذبوه لأن علم ذلك إنما يعرف من جهمته ولأن الأصل بقاء النكاح بينهما وهم يدعون طلاقه لها والأصل عدمه ، وهل تستحلف على ذلك ؟ فيه روايتان . فإن قلنا يستحلف فنكل حرمانه ميراثها لنكوله ولم يرث الأخرى لإقراره بطلاقها فإن مات فيقال ورثته لإحداهن هذه المطلقة فأفرت أو أقر ورثتها بعد موتها حرمانها ميراثه وإن أنكرت أو أنكر ورثتها فقياس ما ذكرناه أن القول قولها لأنها تدعى بقاء نكاحها وهم يدعون زواله والأصل معها فلا يقبل قولهم عليها إلا ببينة وإن شهد اثنان من ورثته أنه طلقها قبلت شهادتهما إذا لم يكونا ممن يتوفر عليهما ميراثها ولا على من لا تقبل شهادتهما له كأبهما وجدتهما لأن ميراث إحدى الزوجات لا يرجع إلى ورثة الزوج وإنما يتوفر على ضرائرها ، وإن ادعت إحدى الزوجات أنه طلقها طلاقاً تبين به فأنكرها فالقول قوله وإن مات لم ترثه لإقرارها بأنها لا تستحق ميراثه فقلنا قولها فيما عليها دون مالها وعليها العدة لأننا لم نقبل قولها فيما عليها ، وهذا التفريع فيما إذا كان الطلاق بينها ، فأما إن كان رجبياً ومات في عدتها أو ماتت ورث كل واحد منهما صاحبه .

(فصل) وإذا كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثم نكح أخرى بعد قضاء عدتها ثم مات ولم يعلم أيتهن طلق فللتي تزوجها ربع ميراث النسوة . نص عليه أحمد ولا خلاف فيه بين أهل العلم ثم يقرع بين الأربع فأيتهن خرجت قرعتها خرجت وورث الباقيات . نص عليه أحمد أيضاً ، وذهب الشعبي والنخعي وعطاء والحراساني وأبو حنيفة إلى أن الباقيين بين الأربع ، وزعم أبو عبيد أنه قول أهل الحجاز وأهل العراق جميعاً . وقال الشافعي يوقف الباقي بينهما حتى يصطلحن . ووجه الأقوال ما تقدم . وقال أحمد في رواية ابن منصور في رجل له أربع نسوة طلق واحدة منهن ثلاثاً وواحدة اثنتين وواحدة واحدة ومات على أثر ذلك ولا يدري أيتهن طلق ثلاثاً وأيتهن طلق اثنتين وأيتهن واحدة يقرع بينهما فالتى أبانها تخرج ولا ميراث

لها ، هذا فيما إذا مات في عدتهن وكان طلاقه في صحته فإنه لا يحرم الميراث إلا المطلقة ثلاثاً فالباقيتان رجعتان يرثنه في العدة ويرثن من انقضت عدتها منهن لم ترثه ولم يرثها ولو كان طلاقه في مرضه الذي مات فيه لورثه الجميع في العدة ، وفيما بعدها قبل التزويج روايتان .

(فصل) إذا طلق واحدة من نسائه لا يعينها أو يعينها فأنسيها فانقضت عدة الجميع فله نكاح خامسة قبل القرعة ، وخرج ابن حامد وجها في أنه لا يصح نكاح الخامسة لأن المطلقة في حكم نسائه بالنسبة إلى وجوب الإنفاق عليها وحرمة النكاح في حقها ولا يصح لأننا علمنا أن منهن واحدة بائنا منه ليست في نكاحه ولا في عدة من نكاحه فكيف تكون زوجته ؟ وإنما الإنفاق عليها لأجل خبثها ومنعها من الزوج بغيره لأجل اشتباها ، ومتى علمناها بعينها إما بتعيينه أو قرعة فعدتها من حين طلقها لا من حين عينها . وذكر أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي أن عدتها من حين التعيين . وهذا فاسد فإن الطلاق وقع حين إيقاعه وثبت حكمه في تحريم الوطء وحرمان الميراث من الزوج وحرمانه منها قبل التعيين فكذلك العدة وإنما التعيين تبين لما كان واقعاً ، وإن مات الزوج قبل البيان فعلى الجميع عدة الوفاة في قول الشعبي والنخعي وعطاء الخرساني . قال أبو عبيد : وهو قول أهل الحجاز والعراق لأن كل واحدة منهن يحتمل أنها باقية على النكاح والأصل بقاؤه فتلزمها عدته ، والصحيح أنه يلزم كل واحدة أطول الأجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق ، لسكن عدة الطلاق من حين طلق وعدة الوفاة من حين موته لأن كل واحدة منهن يحتمل أن يكون عليها عدة الوفاة ويحتمل أنها المطلقة فعليها عدة الطلاق فلا تبرأ يقيناً إلا بأطولها وهذا في الطلاق البائن فأما الرجعي فعليها عدة الوفاة بكل حال لأن الرجعية زوجة .

(فصل) إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها فأنكرها فالقول قوله لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق إلا أن يكون لها بما ادعته بينة ولا يقبل فيه إلا عدلان ونقل ابن منصور عن أحمد أنه سئل أنجوز شهادة رجل وامرأتين في الطلاق ؟ قال لا والله إنما كان كذلك لأن الطلاق ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال فلم يقبل فيه إلا عدلان كالحدود والقصاص فإن لم تكن

بينة فهل يستحلف ؟ فيه روايتان نقل أبو الخطاب أنه يستحلف وهو الصحيح لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على المدعى عليه » وقوله « اليمين على من أنكر » ولأنه يصح من الزوج بذله فيستحلف فيه كالمهر ونقل أبو طالب عنه لا يستحلف في الطلاق والنكاح لأنه لا يقضى فيه بالنكول فلا يستحلف فيه كالنكاح إذا ادعى زوجيتها فأنكرته ، وإن اختلفا في عدد الطلاق فالقول قوله لما ذكرناه ، فإذا طلق ثلاثا وسمعت ذلك وانكر أو ثبت ذلك عندها بقول عدلين لم يحل لها تمكينه من نفسها وعليها أن تفر منه ما استطاعت وتمتع منه إذا أرادها وتفتدى منه إن قدرت . قال أحمد لا يسعها أن تقيم معه ، وقال أيضاً تفتدى منه بما تقدر عليه فإن أجبرت على ذلك فلا تزين له ولا تقربه وتهرب إن قدرت ، وإن شهد عندها عدلان غير متهمين فلا تقيم معه ، وهذا قول أكثر أهل العلم قال جابر بن زيد وحماد بن أبي سليمان وابن سيرين : تفر منه ما استطاعت وتفتدى منه بكل ما يمكن ، وقال الثوري وأبو حنيفة وأبو يوسف وأبو عبيد تفر منه ، وقال مالك لا تزين له ولا تبدى له شيئاً من شعرها ولا عريتها ولا يصيبها إلا وهي مكرهة ، وروى عن الحسن والزهرى والنخعي يستحلف ثم يكون الإثم عليه ، والصحيح ما قاله الأولون لأن هذه تعلم أنها أجنبية منه محرمة عليه فوجب عليها الامتناع والفرار منه كسائر الاجنبيات . وهكذا لو ادعى نكاح امرأة كذبا وأقام بذلك شاهدي زور فحكم له الحاكم بالزوجية ، ولو تزوجها تزويجا باطلا وسلمت إليه بذلك فالحكم في هذا كله كالحكم في المطلقة ثلاثا .

(فصل) ولو طلقها ثلاثا ثم جحد طلاقها لم ترثه ، نص عليه أحمد وبه قال قتاده وأبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وابن المنذر ، وقال الحسن ترثه لأنها في حكم الزوجات ظاهراً .

ولنا : أنها تعلم أنها أجنبية فلم ترثه كسائر الاجنبيات ، وقال أحمد في رواية أبي طالب : تهرب منه ولا تزوج حتى يظهر طلاقها وتعلم ذلك بحجج فيدعيها فتد عليه وتعاقب ، وإن مات ولم يقر بطلاقها لارثه لا تأخذ ماله لها تفر منه ولا تخرج من البلد ، ولكن تختفي في بلدها . قيل له : فإن بعض الناس قال : تقتله هي بمنزلة

من يدفع عن نفسه فلم يعجبه ذلك فمنعها من التزويج قبل ثبوت طلاقها لأنها في ظاهر الحكم زوجة هذا المطلق ، فإذا تزوجت غيره وجب عليها في ظاهر الشرع العقوبة والرد إلى الأول ، ويجتمع عليها زوجان هذا بظاهر الأمر وذاك بباطنه ، ولم يأذن لها في الخروج من البلد لأن ذلك يقوى التهمة في نشوزها ، ولأن في قتله قصداً لأن الدافع عن نفسه لا يقتل قصداً ، فأما إن قصدت الدفع عن نفسها فآل إلى نفسه فلا إثم عليها ولا ضمان في الباطن ، فأما في الظاهر فإنها تؤخذ بحكم القتل ما لم يثبت صدقها .

(فصل) قال أحمد : إذا طلقها ثلاثاً فشهد عليه أربعة أنه وطئها ، أقيم عليه الحد إنما أوجبه لأنها صارت بالطلاق أجنبية فهي كسائر الأجنبية ، بل هي أشد تحريماً لأنها محرمة وطئاً ونكاحاً ، فإن جحد طلاقها ووطئها ثم قامت البينة بطلاقه فلا حد عليه ، وبهذا قال الشعبي ومالك وأهل الحجاز والثوري والأوزاعي وربيعة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لأن جحده لطلاقه يوهن ما أنه نسيه وذلك شبهة في درء الحد عنه ولا سبيل لنا إلى علم معرفته بالطلاق حالة وطئه إلا بإقراره بذلك فإن قال : وطئتها علماً بأتى كنت طلقته ثلاثاً كان إقراراً منه بالزنا فيعتبر فيه ما يعتبر في الإقرار بالزنا .

« مسألة ، قال (وإذا طلق زوجة أقل من ثلاث فقضت العدة ثم تزوجت غيره ثم أصابها ثم طلقها أو مات عنها وقضت العدة ثم تزوجها الأول فهي عنده على ما بقي من الثلاث) .

وجملة ذلك : أن المطلق إذا بانث زوجته منه ثم تزوجها لم يخل من ثلاثة أحوال أحدها أن تنكح غيره ويصيبها ثم يتزوجها الأول ، فهذه ترجع إليه على طلاق ثلاث بإجماع أهل العلم قاله ابن المنذر . والثاني : أن يطلقها دون الثلاث ثم تعود إليه برجعة أو نكاح جديد قبل زوج ثان ، فهذه ترجع إليه على ما بقي من طلاقها بغير خلاف نعلمه ، والثالث : طلقها دون الثلاث فقضت عدتها ثم نكحت غيره ، ثم تزوجها الأول فعن أحمد فيها روايتان . إحداهما : ترجع إليه على ما بقي من طلاقها وهذا قول الأكابر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عمر وعلي

وأبي معاذ وعمران بن حصين وأبي هريرة . وروى ذلك عن زيد وعبد الله بن عمرو ابن العاص ، وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة والحسن ومالك والثوري وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ومحمد بن الحسن وابن المنذر .

والرواية الثانية : عن أحمد أنها ترجع إليه على طلاق ثلاث ، وهذا قول ابن عمر وابن عباس وعطاء والنخعي وشریح وأبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن وطء الزوج الثاني مثبت للحل فيثبت حلا يتسع لثلاث تطليقات كما بعد الثلاث لأن الوطء الثاني يهدم الطلقات الثلاث . فأولى أن يهدم ما دونها .

ولنا : أن وطء الثاني لا يحتاج إليه في الإحلال للزوج الأول ، فلا يغير حكم الطلاق كوطء السيد ولأنه تزويج قبل استيفاء الثلاث فأشبه ما لو رجعت إليه قبل وطء الثاني ، وقولهم : إن وطء الثاني يثبت الحل لا يصح لوجهين . أحدهما : منع كونه مثبتاً للحل أصلاً وإنما هو في الطلاق الثلاث غاية للتحريم بدليل قوله تعالى (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) وحتى للغاية ، وإنما سمي النبي صلى الله عليه وسلم الزوج الذي قصد الحيلة محلاً تجوزاً بدليل أنه لعنه ، ومن أثبت حلاً لا يستحق لعناً . والثاني : أن الحل إنما يثبت في محل فيه تحريم وهي المطلقة ثلاثاً وههنا هي حلال له فلا يثبت فيها حل . وقولهم : إنه يهدم الطلاق .

قلنا : بل هو غاية لتحريمه وما دون الثلاث لا تحريم فيها فلا يكون غاية له . مسألة ، قال (وإذا كان المطلق عبداً وكان طلاقه اثنتين ، لم تحل له زوجته حتى تنكح زوجاً غيره حرة كانت الزوجة أو مملوكة لأن الطلاق بالرجال والعدة بالنساء) .

وجملة ذلك : أن الطلاق معتبر بالرجال ، فإن كان الزوج حراً فطلاقه ثلاث ، حرة كانت الزوجة أو أمة ، وإن كان عبداً فطلاقه اثنتان حرة كانت زوجته أو أمة ، فإذا طلق اثنتين حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره . روى ذلك عن عمر وعثمان وزيد وابن عباس ، وبه قال سعيد بن المسيب ومالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر ، وقال ابن عمر : أيهما رق نقص الطلاق برقه ، فطلاق العبد اثنتان ، وإن كان تحت حرة ، وطلاق الأمة اثنتان وإن كان زوجها حراً . وروى عن

على وابن مسعود : أن الطلاق معتبر بالنساء ، فطلاق الأمة اثنتان حرأ كان الزوج أو عبداً ، وطلاق الحره ثلاث حرأ كان زوجها أو عبداً . وبه قال الحسن وابن سيرين وعكرمة وعبيدة ومسروق والزهرى والحكم وحماد والثوري وأبو حنيفة لما روت عائشة رضى الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : طلاق الأمة تطليقتان وقرؤها حيضتان ، رواه أبو داود وابن ماجه ، ولأن المرأة محل للطلاق فيعتبر بها كالعدة .

ولنا : أن الله تعالى خاطب الرجال بالطلاق فمكان حكمه معتبراً بهم ، ولأن الطلاق محالص حق الزوج وهو مما يختلف بالرق والحرية فمكان اختلافه به كعدد المنكوحات ، وحديث عائشة قال أبو داود : راويه مظاهر بن أسلم وهو منكر الحديث ، وقد أخرجه الدارقطني في سننه عن عائشة . قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : طلاق العبد اثنتان فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ، وقرء الأمة حيضتان ، وتزوج الحرة على الأمة ولا تتزوج الأمة على الحرة ، وهذا نص ولأن الحر يملك أن يتزوج أربعاً فلك طلاقات ثلاث كما لو كان تحته حرة ولا خلاف في أن الحر الذى زوجته حرة طلاقه ثلاث ، وأن العبد الذى تحته أمة طلاقه اثنتان ، وإنما الخلاف فيما إذا كان أحد الزوجين حرأ والآخر رقيقاً .

(فصل) قال أحمد : المكاتب عبد ما بقى عليه درهم وطلاقه وأحكامه كلها أحكام العبيد . وهذا صحيح ، فإنه جاء في الحديث : المكاتب عبد ما بقى عليه درهم ، ولا أنه يصح عتقه ولا ينكح إلا اثنتين ، ولا يتزوج ولا يتسرى إلا بإذن سيده وهذه أحكام العبيد فيكون طلاقه كطلاق سائر العبيد .

وقد روى الاثرم في سننه عن سليمان بن يسار : أن نفيماً مكاتب أم سلة طلق امرأة حرة تطليقتين ، فسأل عثمان وزيد بن ثابت عن ذلك ، فقالا : حرمت عليك ؟ والمدير كالعبد القن في نكاحه وطلاقه وكذلك المعلق عتقه بصفة لأنه عبد فتثبت فيه أحكام العبيد .

(فصل) قال أحمد في رواية محمد بن الحكم : العبد إذا كان نصفه حرأ ونصفه عبداً يتزوج ثلاثاً ويطلق ثلاث تطليقات ، وكذلك كلما تجزأ بالجساب إنما جعل

له نكاح ثلاث لأن عدد المنكوحات يتبعض فوجب أن يتبعض في حقه كالحل ،
 فلذلك كان له أن ينكح نصف ما ينكح الحر ونصف ما ينكح العبد وذلك ثلاث ،
 وأما الطلاق فلا يمكن قسمته في حقه ، لأن مقتضى حاله أن يكون له ثلاثة
 أرباع الطلاق وليس له ثلاثة أرباع فكمل في حقه ، ولأن الأصل إثبات الطلاقات
 الثلاث في حق كل مطلق ، وإنما خولف فيمن كمل الرق في حقه ففيمن عداه يبقى
 على الأصل .

(فصل) إذا طلق العبد زوجته اثنتين ثم عتق لم تحل له زوجته حتى تنكح
 زوجاً غيره لأنها حرمت عليه بالطلاق تحريماً لا ينحل إلا بزواج وإصابة ، ولم
 يوجد ذلك فلا يزول التحريم ، وهذا ظاهر المذهب . وقد روى عن أحمد : أنه يحل
 له أن يتزوجها وتبقى عنده على واحدة ، وذكر حديث ابن عباس عن النبي صلى الله
 عليه وسلم في المملوكين : إذا طلقها تطليقتين ثم عتقا فله أن يتزوجها ، وقال لا أرى
 شيئاً يدفعه وغير واحد يقول به أبو سله وجابر وسعيد بن المسيب ، ورواه الإمام
 أحمد في المسند وأكثر الروايات عن أحمد الأول ، وقال : حديث عثمان وزيد في
 تحريمها عليه جيد ، وحديث ابن عباس يرويه عمرو بن مغيث ولا أعرفه .

وقد قال ابن المبارك : من أبو حسن هذا ؟ لقد حمل صخرة عظيمة ، منكراً
 لهذا الحديث . قال أحمد : أما أبو حسن فهو عندي معروف ولكن لا أعرف عمرو
 ابن مغيث ، قال أبو بكر : إن صح الحديث فالعمل عليه ، وإن لم يصح فالعمل على
 حديث عثمان وزيد وبه أقول ، قال أحمد : ولو طلق عبد زوجته الائمة تطليقتين ،
 ثم عتق واشتراها لم تحل له ، ولو تزوج وهو عبد فلم يطلقها أو طلقها واحدة ثم
 عتق فله عليها ثلاث تطليقات أو طلقتان إن كان طلقها واحدة ، لأنه في حال
 الطلاق حر . فاعتبر حالة حينئذ كما يعتبر حال المرأة في العدة حين وجودها ،
 ولو تزوجها وهو حر كافر فسي واسترق ثم أسلم جميعاً لم يملك إلا طلاق العبد
 اعتباراً بحاله حين الطلاق ، ولو طلق في كفره واحدة وراجعها ثم سي واسترق
 لم يملك إلا طلبة واحدة ، ولو طلقها في كفره طلقتين ثم استرق فأراد التزويج بها جاز
 وله طلبة واحدة لأن الطلقتين وقعتا غير محرمتين فلا يعتبر حكمهما بما يطرأ بعدهما ،
 كما أن الطلقتين من العبد لما أن وقعتا محرمتين لم يعتبر ذلك بالعتق بعدهما .

« مسألة ، قال (وإذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين طلقت بثلاث) .

نص أحمد على هذا في رواية منها ، وقال أبو عبد الله بن حامد : تقع طلقتان لأن معناه ثلاثة أنصاف من طلقتين وذلك طلقة ونصف ، ثم تكمل فتصير طلقتين وقيل بل لأن النصف الثالث من طلقتين محال ، ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين .
وانا : أن نصف الطلقتين طلقة وقد أوقعه ثلاثا ، فيقع ثلاث كما لو قال : أنت طالق ثلاث طلقات ، وقولهم : معناه ثلاثة أنصاف من طلقتين تأويل يخالفه ظاهر اللفظ فإنه على ما ذكره يكون ثلاثة أنصاف طلقة ، وينبغي أن يكون ثلاثة أنصاف طلقتين مخالفة لثلاثة أنصاف طلقة ، وقولهم إنه محال . قلنا : وقوع نصف الطلقتين عليها ثلاث مرات ليس بمخال فيجب أن يقع .

(فصل) فإن قال أنت طالق ملء الدنيا ونوى الثلاث وقع الثلاث ، وإن لم ينو شيئا أو نوى واحدة فهي واحدة ، قال أحمد فيمن قال لامرأته أنت طالق ملء البيت فإن أراد الغلظة عليها يعنى يريد أن تبين منه فهي ثلاث . فاعتبر نيته فدل على أنه إذا لم ينو يقع واحدة وذلك لأن الوصف لا يقتضى عدداً وهذا لا نعلم فيه خلافاً إلا أن الواحدة إذا وقعت كانت رجعية وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه تكون بائنا لأنه وصف الطلاق بصفة زائدة تقتضى الزيادة عليها وذلك هو البينونة .

ولنا : أنه طلاق صادق مدخولاً بها من غير استيفاء عدد ولا عرض فكان رجعياً كقوله أنت طالق . وما ذكره لا يصح لأن الطلاق حكم فإذا ثبت ثبت في الدنيا كلها فلا يقتضى ذلك زيادة ، وإن قال أنت طالق أشد الطلاق وأغلظه أو أطول الطلاق أو أعرضه أو أفصره أو مثل الجبل أو مثل عظم الجبل ولا نية له وقعت طلقة رجعية وبهذا قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة في جميعها يقع بائنا ، وقال أصحابه إن قال مثل الجبل كانت رجعية ، وإن قال مثل عظم الجبل كانت بائنا ، ووجه القولين ما تقدم . ولأنه لا يملك إيقاع البينونة فإنها حكم وليس ذلك إليه وإنما تثبت البينونة بأسباب معينة كالخلع والطلاق الثلاث والطلاق قبل الدخول فيملك مباشرة سببها فيثبت وإن أراد إثباتها

بدون ذلك لم يثبت ، ويحتمل أن يكون أشد الطلاق عليه أو عليها وأغلظ لتعجاها
أولحب أحدهما صاحبه ومشقة فراقه عليه فلم يقع أمر زائد بالشك ، وإن قال أنت
طالق أقصى الطلاق أو أكبره فكذلك في قياس المذهب . ويحتمل أن يكون أقصى
الطلاق ثلاثا لأن أقصاه آخره وآخر الطلاق الثالث ومن ضرورة كونها ثلاثة وقوع
اثنين ، وإن قال أتم الطلاق أو أكمله فواحدة إلا أنها تكون سنية لأنها أكمل
الطلاق وأتمه .

(فصل) وإن قال أنت طالق أكثر الطلاق أو كله أو جميعه أو منتهاه أو مثل
عدد الحصى أو الرمل أو القطر طلقت ثلاثا لأن هذا يقتضى عددا ولأن الطلاق أقل
وأكثر فأقله واحدة وأكثره ثلاث ، وإن قال كعدد التراب أو الماء وقع ثلاث ،
وقال أبو حنيفة يقع واحدة باتنا لأن الماء والتراب من أسماء الأجناس لا عدد له .
ولنا : أن الماء متعدد أنواعه وقطراته والتراب متعدد أنواعه وأجزاؤه فأشبهه
الحصى ، وإن قال يامائة طالق أو أنت مائة طالق طلقت ثلاثا وإن قال أنت طالق
كائة أو ألف فهي ثلاث . قال أحمد فيمن قال أنت طالق كألف تطليقة فهي ثلاث وبه
قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف :
إن لم تكن له نية وقعت واحدة لأنه لم يصرح بالعدد وإنما شبهها بالالف وليس
الموقع للشبه به .

ولنا : أن قوله كألف ، تشبيه بالعدد خاصة لأنه لم يذكر إلا ذلك فوقع
العدد كقوله أنت طالق كعدد ألف وفي هذا انفصال عما قال . وإن قال أردت أنها
طلقة كألف في صعوبتها دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين .

(فصل) وإن قال أنت طلق من واحدة إلى ثلاث وقع طلقتان وبهذا قال
أبو حنيفة لأن ما بعد الغاية لا يدخل فيها كقوله تعالى (ثم أنموا الصيام الى الليل) وإنما
يدخل إذا كانت بمعنى «مع»، وذلك خلاف موضوعها وقال زفر يقع طائقة لأن ابتداء
الغاية ليس منها كقوله بعثك من هذا الحائط الى هذا الحائط . وقال أبو يوسف ومحمد
يقع الثلاث لأنه نطق بها فلم يحز الغاؤها .

ولنا : أن ابتداء الغاية يدخل كما لو قال خرجت من البصرة فإنه يدل على أنه كان فيها
وأما انتهاء الغاية فلا يدخل بمقتضى اللفظ ولو احتمل دخوله وعدم دخوله لم ينجز

الطلاق بالشك . وإن قال أنت طالق ما بين واحدة وثلاث وقعت واحدة لأنها التي بينهما .

(فصل) فإن قال أنت طالق طلقه في اثنتين أو واحدة في اثنتين ونوى به ثلاثا فهو ثلاث لأنه يعبر به في، عن مع كقوله (ادخل في عبادي) فتقدير الكلام أنت طالق طلاقا مع طلقتين ، فإذا أقر بذلك على نفسه قبل منه ، وإن قال أردت واحدة قبل أيضاً حاسباً كان أو غير حاسب . وقال القاضي إذا كان عارفاً بالحساب لم يقبل منه ووقع طلقتان لأنه خلاف ما اقتضاه اللفظ .

ولنا : أنه فسر كلامه بما يحتمله فإنه لا يبعد أن يريد بكلامه ما يريد العاقل ، وإن لم تكن له نية و كان عارفاً بالحساب وقع طلقتان ، وقال القاضي إن أطلق لم يقع إلا واحدة لأن لفظ الايقاع إنما هو بلفظ الواحدة وما زاد عليها لم يحصل فيه لفظ الايقاع ، وإنما يقع الزائد بالقصد فإذا خلا عن القصد لم يقع إلا ما أوقعه ، وقال بعض أصحابه كقولنا ، وقال أبو حنيفة لا يقع إلا واحدة سواء قصد به الحساب أو لم يقصد إذا لم يقصد به واحدة مع اثنتين لأن الضرب إنما يصح فيما له مساحة فأما ما لا مساحة له فلا حقيقة فيه للحساب ، وإنما حصل منه الايقاع في واحدة ف وقعت دون غيرها .

ولنا . أن هذا اللفظ موضوع في اصطلاحهم لاثنتين فإذا لفظ به وأطلق وقع كما لو قال أنت طالق اثنتين . وبهذا يحصل الانفصال عما قاله الشافعي فإن اللفظ الموضوع لا يحتاج معه إلى نية ، فأما ما قاله أبو حنيفة فأنما ذلك في وضع الحساب في الأصل ثم صار مستعملاً في كل ماله عدد فصار حقيقة فيه ، فأما الجاهل بمقتضى ذلك في الحساب إذا أطلق وقعت طائفة واحدة لأن لفظ الايقاع إنما هو لفظاً واحدة وإنما صار مصروفاً إلى الاثنتين بوضع أهل الحساب واصطلاحهم فن لا يعرف اصطلاحهم لا يلزمه مقتضاه كالعربي ينطق بالطلاق بالعجمية وهو لا يعرف معناها ، ولم يترك أصحابنا في ذلك بين أن يكون المتكلم بذلك ممن عرف في هذا اللفظ أولاً . والظاهر أنه إن كان المتكلم بذلك ممن عرفهم أن في ههنا بمعنى مع وقع به ثلاث لأن كلامه يحمل على عرفهم والظاهر منه إرادته وهو المتبادر إلى الفهم من كلامه ، (م ٢٩ - ج ٧ - المفني)

فإن نوى موجه عند أهل الحساب فقال القاضي لا يلزمه مقتضاه كالعربي ينطق بالطلاق بالعجمية ولا يعرف معناها وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي لأنه إذا لم يكن يعرف موجه فلم يقصد إيقاعه ولا يصح منه قصد مالا يعرفه .

(فصل) فإن قال أنت طالق طلقة بل طلقين وقع طلقتان نص عليه أحد ، وقال أصحاب الشافعي يقع ثلاثا في أحد الوجهين لأن قوله أنت طالق إيقاع فلا يجوز إيقاع الواحدة مرتين فيدل على أنه أوقعها ثم أراد رفعها وأوقع اثنتين آخرتين فتقع الثلاث .

ولنا : أن ما لفظ به قبل الاضراب بعض ما لفظ به بعده فلم يلزمه أكثر مما بعده كقوله على درهم بل درهمان . وقولهم لا يجوز إيقاع ما أوقعه ، قلنا يجوز أن يخبر بوقوعه مع وقوع غيره فلا يقع الزائد بالشك . قل أحمد فإن قال أنت طالق لا بل أنت طالق هي واحدة وهذا اختيار أبي بكر واختار القاضي أنه يقع طلقتان لأنه أراد رفع الأولى وإيقاع الثانية فلم ترتفع الأولى ووقعت الثانية .

ووجه الأول . أنه لو قال له على درهم بل درهم لزمه درهم واحد كذا ههنا ، فعلى هذا القول إن نوى بقوله بل أنت طالق طلقة أخرى وقع اثنتان لأنه قصد إيقاع طلقين بلفظين فوقع كما لو قال أنت طالق أنت طالق . وذكر القاضي احتمالا آخر أنه لا يقع إلا طلقة لأن اللفظ موضوع لواحدة فلا يصح أن ينوى به اثنتين قال أحمد ولو كان له امرأتان فقال لإحدهما أنت طالق ثم قال للآخرى لا بل أنت طالق طلقا جميعاً ووجه أنه أوقع طلاق الأولى ثم أضرب عنه وأوقع طلاق الأخرى فوقع بها ولم يرتفع عن الأولى وفارق ما إذا قال ذلك لواحدة لأن الطلقة يجوز أن تكون هي الثانية ككرر الإخبار بها ، ولا يجوز في المرأتين أن يكون طلاق إحدهما هو طلاق الأخرى ونظيره في الإقرار ما لو قال له على درهم بل درهم لزمه درهم ولو قال له على درهم بل دينار لزماه جميعاً .

ولو قال أنت طالق واحدة بل هذه ثلاثا طلقت الأولى واحدة والثانية ثلاثا ولو قال لامرأة غير مدخول بها أنت طالق واحدة بل ثلاثا طلقت واحدة لاها بانت بالأولى فلم يقع بها ما بعدها ، وإن قال أنت طالق واحدة بل ثلاثا إن دخلت

الدار ونوى تعليق الجميع بدخول الدار تعلق ، وإن نوى تعلق الثلاث حسب وقعت الواحدة في الحال وإن أطلق ففيه وجهان . أحدهما : يتعاق الجميع بالشرط لأنه بعدهما فيعود إليهما . والثاني : تقع الواحدة في الحال وتبقى الثلاث معلقة بدخول الدار لأنه إنما ذكر الشرط عقبيها فتختص به .

وإن قال أنت طالق إن دخلت الدار بل هذه فدخلت الأولى طلقاً وإن دخلت الثانية لم تطلق واحدة منهما ، فإن قال أردت أن الثانية تطلق إن دخلت الدار قبل منه لأنه محتمل لما قاله ، وإن قال أردت أنك تطلقين إذا دخلت الثانية الدار قبل منه لأنه محتمل لما قاله وكان طلاق الأولى وحدها معلقاً على دخول كل واحدة منهما .

(فصل) إذا قال أنت طالق طلقة لا تقع عليك أو طالق لأمر طالق طلقة لا ينقص بها عدد طلاقك أو طالق لا شيء أو ليس بشيء طلقت واحدة لأن ذلك رفع لجميع ما أوقعه فلم يصح كاستثناء الجميع ، وإن قال ذلك خبراً فهو كذب لأن الواحدة إذا أوقعها وقعت وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً ، وإن قال أنت طالق أو لا؟ لم يقع لأن هذا استفهام فإذا اتصل به خرج من أن يكون لفظاً لإيقاع ويخالف ما قبل ذلك فإنه إيقاع ويحتمل أن يقع لأن لفظه لفظ الإيقاع لا لفظ الاستفهام لكون الاستفهام يكون بالهمزة أو نحوها فيقع ما أوقعه ولا يرتفع بما ذكره بعده كالتى قبلها ، وإن قال أنت طالق واحدة أو لا فكذلك ، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وهو قياس قول الشافعي ، وقال محمد يقع واحدة لأن قوله أولاً يرجع إلى ما يليه من اللفظ وهو واحدة دون لفظ الإيقاع وليس بصحيح لأن الواحدة صفة للطلقة الواقعة فما اتصل بها يرجع إليها فصار كقوله أنت طالق أو لا شيء .

(فصل) فإن قال أنت طالق بعد موتى أو موتك أو مع موتى أو موتك لم تطلق نص عليه أحمد وبه قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً لأنها تبين بموت أحدهما فلا يصادف الطلاق نكاحاً يزيله ، وإن تزوج أمة أبيه ثم قال إذا مات أبي فأنت طالق فمات أبوه لم يقع الطلاق اختاره القاضي لأنه بالموت يملكها فيفسخ نكاحها بالملك وهو زمن الطلاق فلم يقع كما لو قال أنت طالق مع موتى واختار أبو الخطاب أنه

يقع لأن الموت سبب ملكها وطلاقها وفسخ النكاح يترتب على الملك فيوجد الطلاق في زمن الملك السابق على الفسخ فيثبت حكمه ، وإن قال إن اشتريتك فأنت طالق ثم اشتراها خرج على الوجهين ، وإن قال الأب إذا مات فأنت حرة ، وقال الابن : إذا مات أبي فأنت طالق وكانت تخرج من الثلث ثم مات الأب وقع العتق والطلاق معاً وإن لم تخرج من الثلث فإن بعضها ينتقل إلى الورثة فيملك الابن جزءاً منها يفسخ به النكاح فيكون كملك جميعها في فسخ النكاح ومنع وقوع الطلاق فإن أجاز الورثة عتقها فذكر بعض أهل العلم أن هذا يفني على الإجازة هل هي تنفيذ أو عطية مبتدأة ؟ فإن قلنا هي عطية مبتدأة فقد انفسخ النكاح قبلها فلم يقع الطلاق وإن قلنا هي تنفيذ لما فعل السيد وقع الطلاق . وهكذا إن أجاز الزوج وحده عتق أبيه . فإن كان على الأب دين يستغرق تركته لم يعتق والصحيح أن ذلك لا يمنع نقل التركة إلى الورثة فهو كما لو لم يكن عليه دين في فسخ النكاح ، وإن كان الدين لا يستغرق التركة وكانت تخرج من الثلث بعد أداء الدين عتقت وطلقت ، وإن لم يخرج من الثلث لم تعتق كلها فيكون حكمها في فسخ النكاح ومنع الطلاق كما لو استغرق الدين التركة وإن اسقط الغريم الدين بعد الموت لم يقع الطلاق لأن النكاح انفسخ قبل إسقاطه .

(فصل في مسائل تفني على نية الحالف وتأويله) إذا قال إن لم تخبرني بعدد حب هذه الرمانة فأنت طالق ، أو أكل تمرأ فقال إن لم تخبرني بعدد ما أكلت فأنت طالق لم تعلم ذلك فإنها تعد له عدداً يعلم أنه قد أتى على عدد ذلك مثل أن يعلم عدد ذلك ما بين مائة إلى ألف فتعد ذلك كله ولا يحنث إذا كانت نيته ذلك ، وإن نوى الأخبار بكميته من غير نص ولا زيادة لم يبرأ إلا بذلك . وإن أطلق فقياس المذهب أنه لا يبرأ إلا بذلك أيضاً ، لأن ظاهر حال الحالف إرادته فتصرف يمينه إليه كالأسماء العرفية التي تنصرف اليمين إلى مسماها عرفاً دون مسماها حقيقة ولو أكل تمرأ فقال إن لم تميزي نوى ما أكلت من نوى ما أكلت فأنت طالق فأوردت كل نواة وحدها فالقول فيها كالتى قبلها ، وإن وقفت في ماء جار لحلف عليها إن خرجت منه أو قمت فيه فأنت طالق فقال القاضي : قياس المذهب أنه يحنث إلا أن ينوى عين الماء الذي هي فيه لأن إطلاق يمينه يقتضي خروجها من النهر أو إقامتها فيه .

وقال أبو الخطاب لا يحنث لأن الماء المحلوف عليه جرى عنها وصارت في غيره فلم يحنث سواء أقامت أو خرجت لأنها إنما تقف في غيره أو تخرج منه وكذلك قال القاضي في المجرد وهو مذهب الشافعي لأن الأيمان عندهم تنبئ على اللفظ لا على القصد وكذلك قالوا لا يحنث في هذه الأيمان السابقة كلها ، ولو قال إن كانت امرأتى في السوق فعبدى حر ، وإن كان عبدى في السوق فامرأتى طالق فكلنا جميعاً في السوق فقليل يعتق العبد ولا تطلق المرأة لأنه لما حنث في اليمين الأولى عتق العبد فلم يبق له في السوق عبد ويحتمل أن يحنث بناء على قولنا فيمن حافت على معين تعلقت اليمين بعينه دون صفته كمن قال إن كلمت عبدى سعداً فأنت طالق ثم أعتقه وكلته طلقت فكذلك هنا لأن يمينه تعلقت بعبد معين وإن لم يرد عبداً بعينه لم تطلق المرأة لأنه لم يبق له عبد في السوق ولو كان في فيها ثمرة فقال أنت طالق إن أكلتها أو ألقيتها أو أمسكتها فأكلت بعضها وألقت بعضها لم يحنث إلا على قول من قال إنه يحنث بفعل بعض المحلوف عليه ، وإن نوى الجميع لم يحنث بحال ولو كانت عنده ودیعة لإنسان فأحلفه ظالم أن ليس لفلان عندك ودیعة فإنه يحلف ما لفلان عندى ودیعة وينوى دیماء الذى وير فى یمينه ، وكذلك لو سرقت امرأته منه شيئاً حلف عليها بالطلاق لتصدقنى أسرقت منى أم لا ؟ وخافت أن تصدقه فإنها تقول سرقت منك ما سرقت منك وتعنى الذى سرقت منك ، ولو استحلفه ظالم هل رأيت فلاناً أولاً ؟ فإنه يعنى برأيت أى ضربت رثته وذكورته أى قطعت ذكره وما طلبت منه حاجة أى الشجرة التى حبسها الحاج ولا أخذت منه فروجا يعنى القباء ولا حصيراً وهو الحبس وأشباه هذا فتى لم يكن ظالماً حلف وعنى به هذا تعلقت يمينه بما عناه ، ولو كانت له امرأة على درجة حلف عليها أن لا تنزل عنها ولا تصعد منها ولا تقف عليها فإنها تنتقل عنها إلى سلم آخر وتنزل إن شاءت أو تصعد أو تقف عليها لأن نزولها إنما حصل من غيرها ، وإن كان فى يمينه ، ولا انتقلت عنها فإنها تحمل مكرهه ، ولو كان فى سلم وله امرأتان إحداها فى الغرفة والاخرى فى البيت السفلى حلف لا صعدت إلى هذه ولا نزلت إلى الاخرى فإن السفلى تصعد وتنزل العليا ثم ينزل إن شاء أو يصعد .

(فصل) قال عبد الله بن أحمد : سألت أبي عن رجل قال لامرأته أنت طالق إن لم أجامعك اليوم ، وأنت طالق إن اغتسلت منك اليوم ؟ قال يصلي العصر ثم يجامعها فإذا غابت الشمس اغتسل إن لم يكن أراد بقوله اغتسلت المجامعة ، وقال في رجل قال لامرأته أنت طالق إن لم أطأك في رمضان فسافر مسيرة أربعة أيام أو ثلاثة ثم وطئها ؟ قال لا يعجبني لأنها حيلة ولا تعجبني الحيلة في هذا ولا في غيره . قال القاضي إنما كره أحمد هذا لأن السفر الذي يبيح الفطر أن يكون سفرأ مقصوداً مباحاً ، وهذا لا يقصد به غير حل اليمين ، والصحيح أن هذا تنحل به اليمين ويباح له الفطر فيه لأنه سفر بعيد مباح لقصد صحيح وإرادة حل يمينه من المقاصد الصحيحة ، وقد أبحنا لمن له طريقان قصيرة لا تقصر فيها الصلاة وبعيدة أن يسلك البعيدة ليقصر فيها الصلاة ويفطر مع أنه لا يقصد له سوى الترخص فهنا أولى .

كتاب الرجعة

وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله سبحانه (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء - إلى قوله - ويعولنهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً) والمراد به الرجعة عند جماعة العلماء وأهل التفسير ، وقال تعالى (وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف) أي بالرجعة ومعناه إذا قاربن بلوغ أجلهن أي انقضاء عدتهن ، وأما السنة فما روى ابن عمر قال « طلق امرأتى وهي حائض ، فسأل عمر النبي صلى الله عليه وسلم فقال : « مره فليراجعها ، متفق عليه . وروى أبو داود عن عمر قال « إن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها ، وأجمع أهل العلم أن الحر إذا طلق الحرة دون الثلاث أو العبد إذا طلق دون الاثنين أن لها الرجعة في العدة ذكره ابن المنذر .

« مسألة ، قال (والزوجة إذا لم يدخل بها تبينها تطليقة وتحرمها الثلاث من الحر والاثنان من العبد)

أجمع أهل العلم على أن غير المدخول بها تبين بطلقة واحدة ولا يستحق مطلقها

رجعتها . وذلك لأن الرجعة إنما تكون في العدة ولا عدة قبل الدخول لقول الله سبحانه (يا أيها الذين آمنوا إذا فكحتُم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فإلكن عليهن من عدة تعتدونها فتموهن وسرحوهن سراحاً جميلاً) فبين الله سبحانه أنه لا عدة عليها فتبين بمجرد طلاقها وتصير كالدخول بها بعد انقضاء عدتها لارجعة عليها ، ولا نفقة لها ، وإن رغب مطلقها فيها فهو خاطب من الخطاب يتزوجها برضاها بنكاح جديد وترجع إليه بطلقتين ، وإن طلقها اثنتين ثم تزوجها رجعت إليه بطلقة واحدة بغير خلاف بين أهل العلم ، وإن طلقها ثلاثاً بلفظ واحد حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره في قول أكثر أهل العلم ، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى ، ولا خلاف بينهم في أن المطلقة ثلاثاً بعد الدخول لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره لقول الله سبحانه (فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) وروى عائشة ، أن رفاعة القرظي طلق امرأته فبت طلاقها فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير فجاءت رسول الله صلى عليه وسلم فقالت : إنها كانت عند رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير ، وإنه والله مامعه إلا مثل هذه الهدبة . وأخذت يهدبة من جلبابها ، قالت فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ضاحكاً وقال : لعلك تريدن أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا ، حتى يذوق عسيلتك وتذوق عسيلته ، متفق عليه ، وفي إجماع أهل العلم على هذا غنية عن الإطالة فيه . وجمهور أهل العلم على أنها لا تحل للأول حتى يطأها الزوج الثاني وطئاً يوجد فيه التقاء الحتمانين إلا أن سعيد بن المسيب من بينهم قال : إذا تزوجها تزوجاً صحيحاً لا يريد به إحلالاً فلا بأس أن يتزوجها الأول . قال ابن المنذر لا نعلم أحداً من أهل العلم قال بقول سعيد بن المسيب هذا إلا الخوارج أخذوا بظاهر قواه سبحانه (حتى تنكح زوجاً غيره) ومع تصريح النبي صلى الله عليه وسلم ببيان المراد من كتاب الله تعالى وأنها لا تحل للأول حتى يذوق الثاني عسيلتها وتذوق عسيلته لا يعرج على شيء سواه ولا يسوغ لأحد المصير إلى غيره مع ما عليه جملة أهل العلم منهم علي بن أبي طالب وابن عمر وابن عباس وجابر وعائشة رضي الله عنهم ومن بعدهم مسروق والزهرى ومالك وأهل المدينة والثوري وأصحاب الرأي والأوزاعي وأهل الشام والشافعي وأبو عبيدة وغيرهم .

(فصل) ويشترط حلها للأول ثلاثة شروط . أحدها : أن تنكح زوجاً غيره فلو كانت أمة فوطئها سيدها لم يحلها لقول الله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) وهذا ليس بزواج ، ولو وطئت بشبهة لم تنكح لما ذكرنا ، ولو كانت أمة فاستبرأها مطلقها لم يحل له وطؤها في قول أكثر أهل العلم ، وقال بعض أصحاب الشافعي تحل له لأن الطلاق يختص الزوجية فأثر في التحريم بها وقول الله تعالى (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) صريح في تحريمها فلا يعول على ما خالفه ، ولأن الفرج لا يجوز أن يكون محرماً مباحاً فسقط هذا .

الشرط الثاني : أن يكون النكاح صحيحاً فإن كان فاسداً لم يحلها الوطء فيه وبهذا قال الحسن والشعبي وحماد ومالك والثوري والأوزاعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد ، وقال في القديم يحلها ذلك وهو قول الحسك وخارجه أبو الخطاب وجهها في المذهب لأنه زوج فيدخل في عموم النص ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لعن المحلل والمحلل له فسماه محملاً مع فساد نكاحه .

ولنا : قول الله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) وإطلاق النكاح يقتضي الصحيح ولذلك لو حلف لا يتزوج فتزوج تزويجاً فاسداً لم يحنث ، ولو حلف ليتزوجن لم يبر بالتزوج الفاسد ولأن أكثر أحكام الزوج غير ثابتة فيه من الإحصان واللعان والظهار والإيلاء والنفقة وأشباه ذلك ، وأما تسميته محملاً فلقصده التحليل فيما لا يحل ولو أحل حقيقة لما لعن وللعن المحلل له وإنما هذا كقول النبي صلى الله عليه وسلم ما آمن بالقرآن من استحل محارمه ، وقال الله تعالى (يحلون عاماً ويحرمونه عاماً) ولأنه وطء في غير نكاح صحيح أشبه وطء الشبهة .

الشرط الثالث : أن يطأها في الفرج فلو وطئها دونه أو في الدبر لم يحلها لأن النبي علق الحل على ذوق العسيلة منهما ، ولا يحصل إلا بالوطء في الفرج وأدناه تغيب الحشفة في الفرج لأن أحكام الوطء تتعلق به . ولو أوج الحشفة من غير انتشار لم تحل له لأن الحكم يتعلق بذوق العسيلة ولا تحصل من غير انتشار ، وإن كان الذكراً مقطوعاً فإن بقي منه قدر الحشفة فأولجها أحياها وإلا فلا فإن كان خصباً أو مسلولا أو موجوماً حلت بوطئه لأنه يطأ كالفحل ولم يفقد إلا الإنزال وهو غير معتبر في الإحلال وهذا قول الشافعي .

قال أبو بكر : وقد روى عن أحمد في الخصى أنه لا يحلها فإن أبا طالب سأله في المرأة تزويج الخصى تستحل به ؟ قال لا ، خصى يذوق العسيلة ؟ قال أبو بكر والعمل على ما رواه مهنا أنها تحل ، ووجه الأول أن الخصى لا يحصل منه الإنزال فلا ينال لذة الوطء فلا يذوق العسيلة ، ويحتمل أن أحمد قال ذلك لأن الخصى في الغالب لا يحصل منه الوطء أو ليس بمظنة الإنزال فلا يحصل الإحلال بوطئه كالوطء من غير انتشار .

(فصل) واشترط أصحابنا أن يكون الوطء حلالاً فإن وطئها في حيض أو نفاس أو إحرام من أحدهما أو منهما أو وأحدهما صائم فرضاً لم تحل . وهذا قول مالك لأنه وطء حرام لحق الله تعالى فلم يحصل به الإحلال كوطء المرتدة وظاهر النص حلها وهو قوله تعالى (حتى تنكح زوجاً غيره) وهذه قد نكحت زوجاً غيره، وأيضاً قوله عليه السلام : « حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك » وهذا قد وجد ولأنه وطء في نكاح صحيح في محل الوطء على سبيل التام فأحلها كالوطء الحلال وكألو وطئها وقد خناق وقت الصلاة أو وطئها مريضة يضرها الوطء وهذا أصح إن شاء الله تعالى وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وأما وطء المرتدة فلا يحلها سواء وطئها في حال ردتها أو ردتها أو وطئ المرتدة المسلمة لأنه إن لم يعد المرتدة منهما إلى الإسلام تبين أن الوطء في غير نكاح وإن عاد إلى الإسلام في العدة فقد كان الوطء في نكاح غير تام لأن سبب البينونة حاصل فيه، وهكذا لو أسلم أحد الزوجين فوطئها الزوج قبل إسلام الآخر لم يحلها لذلك .

(فصل) فإن تزويجها بملوك ووطئها أحلها وبذلك قال عطاء ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم لهم مخالفاً ولأنه دخل في عموم النص ووطؤه كوطء الحر ، وإن تزويجها مراهق فوطئها أحلها في قولهم إلا مالكا وأبا عبيد فانهما قالوا لا يحلها ويروى ذلك عن الحسن لأنه وطء من غير بالغ فأشبهه وطء الصغير .

ولنا ظاهر النص وأنه وطء من زوج في نكاح صحيح فأشبهه البالغ ويخالف الصغير فانه لا يمكن الوطء منه ولا تذاق عسيلته ، وقال القاضي ويشترط أن يكون له اثنا عشر سنة لأن من دون ذلك لا يمكنه الجماع ولا معنى لهذا فإن الخلاف في الجماع ومتى أمكنه الجماع فقد وجد منه المقصود فلا معنى لاعتبار سن ماورد الشرع باعتبارها وتقديره بمجرد الرأي والتحكم وإن كانت ذميمة فوطئها تزويجها الذي أحلها

لمطلقها المسلم ، نص عليه أحمد وقال هو زوج وبه تجب الملاعنة والقسم وبه قال الحسن
والزهري والثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال ربيعة
ومالك : لا يحلها .

ولنا : ظاهر الآية ولأنه وطء من زوج في نكاح صحيح تام أشبه وطء المسلم وإن
كانا مجنونين أو أحدهما فوطئها أحلها ، وقال أبو عبد الله بن حامد لا يحلها لأنه
لا يذوق العسيلة .

ولنا : ظاهر الآية ولأنه وطء مباح في نكاح صحيح أشبه العاقل ، وقواه لا يذوق العسيلة
لا يصح فإن المجنون إنما هو تغطية العقل . وليس العقل شرطاً في الشهوة وحصول
اللذة بدليل البهائم لكن إن كان المجنون ذاهب الحس كالمصروع والمغمى عليه لم يحصل
الحل بوطئه ولا بوطء مجنونة في هذه الحال لأنه لا يذوق العسيلة ولا تحصل له لذة ،
ولعل ابن حامد إنما أراد المجنون الذي هذه حاله فلا يكون ههنا اختلاف . ولو وطئ
مغمى عليها أو نائمة لا تحس بوطئه فينبغي أن لا تحل بهذا لما ذكرناه وحكاها ابن المنذر
ويحتمل حصول الحل في ذلك كله أخذاً من عموم النص والله أعلم .

(فصل) ولو وجد على فراشه امرأة فظنها أجنبية أو ظنها جاريته فوطئها فإذا
هي امرأته أحلها لأنه صادف نكاحاً صحيحاً ، ولو وطئها فأفضاها أو وطئها وهي
مريضة تتضرر بوطئه أحلها لأن التجريم ههنا لحقها ، وإن استدخلت ذكره وهو
نائم أو مغمى عليه لم تحل لأنه لا يذوق عسيلتها ويحتمل أن تحل لعموم الآية
والله أعلم .

« مسألة ، قال (وإذا طلق الحر زوجته أقل من ثلاث فله عليها الرجعة ما كانت

في العدة) .

أجمع أهل العلم على أن الحر إن طلق الحرة بعد دخوله بها أقل من ثلاث بغير عوض
ولا أمر يقتضى بينوتهما فله عليها الرجعة ما كانت في عدتها وعلى أنه لا رجعة له
عليها بعد قضاء عدتها لما ذكرنا في أول الباب . وإن طلق الحر امرأته الأمة فهو
كطلاق الحرة إلا أن فيه خلافاً ذكرناه فيما مضى ، وذكرنا أن الطلاق معتبر بالرجال
فيكون له رجعتها ما لم يطلقها ثلاثاً كالحررة .

(فصل) ولا يعتبر في الرجعة . رضى المرأة لقول الله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً) فجعل الحق لهم وقال سبحانه (فأمسكوهن بمعروف) فخطب الأزواج بالأمر ولم يجعل لمن اختياراً ، ولأن الرجعة إمساك للمرأة بحكم الزوجية فلم يعتبر رضاها في ذلك كالتى في صلب نكاحه . وأجمع أهل العلم على هذا .

(فصل) والرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإبلاؤه ولعانه ويرث أحدهما صاحبه بالإجماع وإن خالعهما صح خلعه ، وقال الشافعى في أحد أقواله لا يصح لأنه يراد للتحريم وهي محرمة .

ولنا : أنها زوجة صح طلاقها فصح خلعها كما قبل الطلاق وليس مقصود الخلع التحريم بل الخلاص من مضرة الزوج ونكاحه الذى هو سببها ، والنكاح باق ولا نأمن رجعته وعلى أننا نمنع كونها محرمة .

(فصل) وظاهر كلام الخرقى أن الرجعية محرمة لقوله « وإذا لم يدر أواحدة طلق أم ثلاثاً ؟ فهو متيقن للتحريم شاك في التحليل » وقد روى عن أحمد ما يدل على هذا وهو مذهب الشافعى وحكى ذلك عن عطاء ومالك ، وقال القاضى : ظاهر المذهب أنها مباحة . قال أحمد في رواية أبى طالب لا تحتجب عنه وفي رواية أبى الحارث تتشرف له ما كانت في العدة . فظاهر هذا أنها مباحة له ، له أن يسافر بها ويخلو بها ويوطئها . وهذا مذهب أبى حنيفة لأنها في حكم الزوجات فأبيحت له كما قبل الطلاق . ووجه الأول أنها طلقة واقعة فأثبتت التحريم كالتى بعوض ولا خلاف في أنه لا حد عليه بالوطء . ولا ينبغي أن يلزمه مهر سواء راجع أو لم يراجع لأنه وطئ زوجته التى يلحقها طلاقه فلم يكن عليه مهر كسائر الزوجات ، ويفارق ما لو وطئ الزوج بعد إسلام أحدهما في العدة حيث يجب المهر إذا لم يسلم الآخر في العدة لأنه إذا لم يسلم تبين أن الفرقة وقعت من حين إسلام المسلم الأول منهما . وهى فرقة فسخ تبين به من نكاحه . فأشبهت التى أَرْضعت من بنفسه نكاحها برضاعه وفي مسألتنا لا تبين إلا بانقضاء العدة فافترقا ، وقال أبو الخطاب إذا أكرهها على الوطء وجب عليه المهر عند من حرّمها ، وهو المنصوص عن الشافعى

لأنه وطء حرمه الطلاق فوجب به المهر كوطء البائن والفرق ظاهر ، فإن البائن ليست زوجة له وهذه زوجته ، وقياس الزوجة على الأجنبية في الوطء وأحكامه بعيد .

« مسألة ، قال (ولا يبد بعد الواحدة ما للحر قبل الثلاث) .

أجمع العلماء على أن للعبد رجعة امرأته بعد الطلقة الواحدة . إذا وجدت شروطها ، فإن طلقها ثانية فلا رجعة له سواء كانت امرأته حرة أو أمة لأن طلاق العبد اثنتان . وفي هذا خلاف ذكرناه فيما مضى .

« مسألة ، قال (ولو كانت حاملا بائنين فوضعت أحدهما فله مراجعتها ما لم تضع الثاني) .

هذا قول عامة العلماء إلا أنه حكى عن عكرمة أن العدة تنقضي بوضع الأول وما عليه سائر أهل العلم أصح فإن العدة لا تنقضي إلا بوضع الحمل كله لقول الله تعالى (وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن) واسم الحمل متناول لكل ما في البطن فتبقى العدة مستمرة إلى حين وضع باقي الحمل فتبقى الرجعة يبقائها ولو انقضت العدة بوضع بعض الحمل لحملها التزوج وهي حامل من زوج آخر ولا قائل به . وأظن أن قتادة ناظر عكرمة في هذا فقال عكرمة تنقضي عدتها بوضع أحد الولدين فقال له قتادة أيحمل لها أن تتزوج ؟ قال : لا . قال : خصم العبد . ولو خرج بعض الولد فارتجعها قبل أن تضع باقيه صح . لأنها لم تضع جميع حملها فصارت كمن ولدت أحد الولدين .

(فصل) إذا انقطع حيض المرأة في المرة الثالثة ولما تغتسل . فهل تنقضي عدتها بطهرها ؟ فيه روايتان ذكرهما ابن حامد . إحداهما : لا تنقضي عدتها حتى تغتسل ولزوجها رجعتها في ذلك ، وهذا ظاهر كلام الخرقى فإنه قال في العدة فإذا اغتسلت من الحيضة الثالثة أبيحت بلا زواج . وهذا قول كثير من أصحابنا ، وروى ذلك عن عمر وعلى وابن مسعود وسعيد بن المسيب والثوري وأبي عبيد ، وروى نحوه عن أبي بكر الصديق وأبي موسى وعبد الله وأبي الدرداء ، وروى عن شريك : له الرجعة وإن فرطت في الغسل عشرين سنة . ووجه هذا قول من سمينا من الصحابة

ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فيكون إجماعاً ، ولأن أكثر أحكام الحيض لا تزول إلا بالغسل وكذلك هذا .

والرواية الثانية : أن الدية تنقضي بمجرد الطهر قبل الغسل . وهو قول طاوس وسعيد بن جبير والأوزاعي واختاره أبو الخطاب لقوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) والقرء الحيض . وقد زالت فيزول التربص ، وفيما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « وقرء الأمة حيضتان » ، وقال : « دعى الصلاة أيام أقرائك » ، يعنى أيام حيضك . ولأن انقضاء العدة تتعلق به بينورتها من الزوج وحلها لغيره فلم يتعلق بفعل اختياري من جهة المرأة بغير تعليق الزوج كالطلاق وسائر العدد ، ولأنها لو تركت الغسل اختياراً أو لجنون أو نحوه لم تحل ، أما أن يقال بقول شريك أنها تبقى معتدة ولو بقيت عشرين سنة . وذلك خلاف قول الله (ثلاثة قروء) فإنها تصير عدتها أكثر من مائتي قرء أو يقال تنقضي العدة قبل الغسل فيكون رجوعاً عن قولهم ويحمل قول الصحابة في قولهم حتى تغتسل أى يلزمها الغسل .

(فصل) إذا تزوجت الرجعية في عدتها وحملت من الزوج الثاني انقطعت عدتها من الأول بوطء الثاني . وهل يملك الزوج رجعتها في عدة الحمل ؟ يحتمل وجهين .

أولاهما : أنه له رجعتها لأنها لم تنقض عدتها بحكم نكاحه باق يلحقها طلاقه وظهاره ، وإنما انقطعت عدته لعارض . فهو كما لو وطئت في صلب نكاحه فإنها تحرم عليه وتبقى سائر أحكام الزوجية . ولأنها يملك ارتجاعها إذا عادت إلى عدته فلذلك قبل ذلك كما لو ارتفع حيضها في أثناء عدتها .

والوجه الثاني : ليس له رجعتها لأنها ليست في عدته فإذا وضعت الحمل انقضت عدة الثاني . وبذت على ما مضى من عدة الأول وله ارتجاعها حينئذ وجهاً واحداً ولو كانت في نفاسها لأنها بعد الوضع تعود إلى عدة الأول ، وإن لم تحتسب به فكان له الرجعة فيه كما لو طلق حائضاً . فإن له رجعتها في حيضتها ، وإن كانت لا تعتد بها ، وإن حملت حملاً يمكن أن يكون منهما فعلى الوجه الذي لا يملك رجعتها في حملها من الثاني إذا راجعها في هذا الحمل . ثم بان أنه من الثاني لم يصح

وإن بان من الأول احتمال أن يصح لأنه راجعها في عدتها منه . واحتمل أن لا يصح لأنه راجعها مع الشك في إباحة الرجعة . والأول أصح فإن الرجعة ليست بعبادة يبطلها الشك في صحتها ، وعلى أن العبادة تصح مع الشك فيما إذا نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها فصلى خمس صلوات فإن كل صلاة يشك في أنها هل هي المنسية أو غيرها . ولو شك في الحدث فتطهر ينوي رفع الحدث صحت طهارته . وارتفع حدثه فهنا أولى ، فإن راجعها بعد الوضع وبان أن الحمل من الثاني . صحت رجعتة ، وإن بان من الأول لم تصح الرجعة . لأن العدة انقضت بوضعها .

« مسألة ، قال (والمراجعة أن يقول لرجلين من المسلمين : اشهدا أني قد راجعت امرأتى بلا ولي يحضره ولا صداق يزيد ، وقد روى عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى أنه تجوز الرجعة بلا شهادة)

وجملته : أن الرجعة لا تقتقر إلى ولي ولا صداق ولا رضى المرأة ولا عليها بإجماع أهل العلم لما ذكرنا من أن الرجعية في أحكام الزوجات والرجعة إمساك لها واستبقاء لنكاحها ، ولهذا سمي الله سبحانه وتعالى الرجعة إمساكا وتركها فراقا وسراحاً فقال (فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف) وفي آية أخرى (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) وإنما تشعث النكاح بالطلقة وانعقد بها سبب زواله ، فالرجعة تزيل شعته وتقطع مضيه إلى البينونة فلم يحتاج لذلك إلى ما يحتاج إليه ابتداء النكاح ، فأما الشهادة ففيها روايتان .

إحداهما : تجب وهذا أحد قولي الشافعي لأن الله تعالى قال (فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم) وظاهر الأمر الوجوب ولأنه استباحة بضع مقصود فوجبت الشهادة فيه كالنكاح وعكسه البيع .

والرواية الثانية : لا تجب الشهادة . وهي اختيار أبي بكر وقول مالك وأبي حنيفة لأنها لا تقتقر إلى قبول فلم تقتقر إلى شهادة كسائر حقوق الزوج ، ولأن ما لا يشترط فيه الولي لا يشترط فيه الإشهاد كالبيع ، وعند ذلك يحمل الأمر على الاستحباب ، ولا خلاف بين أهل العلم في أن السنة للإشهاد . فإن قلنا هي شرط فإنه يعتبر وجودها

حال الرجعة فإن ارتجع بغير شهادة لم يصح لأن المعتبر وجودها في الرجعة دون الإقرار بها إلا أن يقصد بذلك الإقرار الارتجاع فيصح .

(فصل) وظاهر كلام الخرقي : أن الرجعة لا تحصل إلا بالقول بقوله : المراجعة أن يقول . وهذا مذهب الشافعي لأنها استباحة بضع مقصود أمر بالإشهاد فيه فلم يحصل من القادر بغير قول كالنكاح ، ولأن غير القول فعل من قادر على القول فلم تحصل به الرجعة كالإشارة من الناطق وهذا لإحدى الروايتين عن أحمد .

والرواية الثانية : تحصل الرجعة بالوطء سواء نوى به الرجعة أو لم ينو اختارها ابن حامد والقاضي وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعطاء وطاوس والزهرى والثورى والأوزاعي وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي ، قال بعضهم : ويشهد ، وقال مالك وإسحاق تكون رجعة إذا أراد به الرجعة لأن هذه مدة تفضى إلى بينونة فترفع بالوطء كمدة الإبلاء ، ولأن الطلاق سبب لزوال الملك ومعه خيار فتصرف المالك بالوطء يمنع عمله كوطء البائع الأمة المبيعة في مدة الخيار ، وذكر أبو الخطاب أننا إذا قلنا الوطء مباح حصلت الرجعة به كما ينقطع به التوكيل في طلاقها ، وإن قلنا هو محرم لم تحصل الرجعة به لأنه فعل محرم فلا يكون سبباً للحل كوطء المحلل .

(فصل) فأما إن قبلها أو لمسها لشهوة أو كشف فرجها ونظر إليه فالمنصوص عن أحمد أنه ليس برجعة وقال ابن حامد فيه وجهان .

أحدهما : هو رجعة وهذا قول الثورى وأصحاب الرأي لأنه استمتاع يستباح بالزوجة فحصلت الرجعة به كالوطء .

والثاني : أنه ليس برجعة لأنه أمر لا يتعلق به إيجاب عدة ولا مهر فلا تحصل به الرجعة كالنظر . فأما الخلوة بها فليس برجعة لأنه ليس باستمتاع وهذا اختيار أبي الخطاب وحكى عن غيره من أصحابنا أن الرجعة تحصل به لأنه معنى يحرم من الأجنبية ويحل من الزوجة فحصلت به الرجعة كالاستمتاع . والصحيح أنه لا تحصل الرجعة بها لأنها لا تبطل اختيار المشتري للأمة فلم تكن رجعة كاللمس لغير شهوة ، فأما اللمس لغير شهوة والنظر لذلك ونحوه فليس برجعة لأنه يجوز في غير الزوجة عند الحاجة فأشبه الحديث معها .

(فصل) فأما القول فتحصل به الرجعة بغير خلاف وألفاظه راجعتك وارتجعتك ورددتك وأمسكتك لأن هذه الألفاظ ورد بها الكتاب والسنة فالرد والإمساك ورد بهما الكتاب بقوله سبحانه (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك) وقال (فأمسكوهن بمعروف) يعنى الرجعة . والرجعة وردت بها السنة بقول النبي صلى الله عليه وسلم « مره فليراجعها » وقد اشتهر هذا الاسم فيها بين أهل العرف كاشتهار اسم الطلاق فيه فإنهم يسمونها رجعة والمرأة رجعية ويتخرج أن يكون لفظها هو الصريح وحده لا شتهاره دون غيره كقولنا في صريح الطلاق ، والإحتياط أن يقول : راجعت امرأتى إلى نكاحى أو زوجتى أو راجعتها لما وقع عليها من طلاقى ، فإن قال نكحتها أو تزوجتها فهذا ليس بصريح فيها لأن الرجعة ليست بنكاح ، وهل تحصل به الرجعة ؟ فيه وجهان .

أحدهما : لا تحصل به الرجعة لأن هذا كناية والرجعة استباحة بضع مقصود ولا تحصل بالكناية كالنكاح . والثانى : تحصل به الرجعة أو ما إليه أحمد واختاره ابن حامد لأنه تباح به الأجنبي فالرجعية أولى . وعلى هذا يحتاج أن ينوى به الرجعة لأن ما كان كناية تعتبر له التيه ككنايات الطلاق .

(فصل) فإن قال راجعتك للرجعة أو قال للإهانة أو قال أردت أتى راجعتك لمحبتى إياك أو إهانة لك صححت الرجعة لأنه أتى بالرجعة وبين سببها وإن قال أردت أتى كنت أهنتك أو أحبك وقد رددتك بفراقى إلى ذلك فليس برجعة ، وإن أطلق ولم ينو شيئاً صححت الرجعة . ذكره القاضى لأنه أتى بصريح الرجعة وضم إليه ما يحتمل أن يكون بياناً لسببها ، ويحتمل غيره فلا يزول اللفظ عن مقتضاه بالشك وهذا مذهب الشافعى .

(فصل) ولا يصح تعليق الرجعة على شرط لأنه استباحة فرج مقصود فأشبهه النكاح ، ولو قال راجعتك إن شئت لم يصح كذلك ، ولو قال كلما طلقتك فقد راجعتك لم يصح كذلك ولأنه راجعها قبل أن يملك الرجعة فأشبهه الطلاق قبل النكاح ، وإن قال إن قدم أبوك فقد راجعتك لم يصح لأنه تعليق على شرط .

(فصل) فإن راجعها في الردة من أحدهما فذكر أبو الخطاب إنه لا يصح وهو صحيح مذهب الشافعى لأنه استباحة بضع مقصود فلم يصح مع الردة كالنكاح

ولأن الرجعة تقرير للنكاح ، والردة تنافي ذلك فلم يصح اجتماعهما ، وقال القاضي :
 إن قلنا تتعجل الفرقة بالردة لم تصح الرجعة لأنها قد بانت بها ، وإن قلنا لا تتعجل
 الفرقة فالرجعة موقوفة إن أسلم المرتد منهما في العدة صحت الرجعة لانتنا تبينا أنه
 ارتجمها في نكاحه ، ولأنه نوع إمساك فلم تمنع منه الردة كما لو لم يطلق ، وإن لم يسلم
 في العدة تبينا أن الفرقة وقعت قبل الرجعة وهذا قول المازني واختيار أبي حامد وهكذا
 ينبغي أن يكون فيما إذا راجعها بعد إسلام أحدهما .

« مسألة ، قال (وإذا قال قد ارتجمتك فقالت قد انقضت عدتي قبل رجعتك
 فالقول قولها ما ادعت من ذلك ممكنا) .

وجملة ذلك : أن المرأة إذا ادعت انقضاء عدتها في مدة يمكن انقضاؤها فيها
 قبل قولها لقول الله تعالى (ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن)
 قيل في التفسير هو الحيض والحمل فلولاً أن قولهن مقبول لم يخرجن بكتانه ولأنه أمر
 تختص بمعرفته فكان القول قولها فيه كالتية من الإنسان فيما تعتبر فيه النية
 أو أمر لا يعرف إلا من جهتها فقبل قولها فيه كما يجب على السابعي قبول خبر
 الصحابي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأما ما تنقضي به العدة فلا يخلو من
 ثلاثة أقسام .

القسم الأول : أن تدعى انقضاء عدتها بالقروء وأقل ذلك ينبغي على الخلاف
 في أقل الطهر بين الحيضتين وعلى الخلاف في القروء هل هي الحيض أو الإطهار ؟
 فإن قلنا هي الحيض وأقل الطهر ثلاثة عشر يوماً فأقل ما تنقضي به العدة تسعة
 وعشرون يوماً ولحظه ، وذلك أن يطلقها مع آخر الطهر ثم تحيض بعده يوماً وليلة
 ثم تطهر ثلاثة عشر يوماً ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوماً ثم تحيض
 يوماً وليلة ثم تطهر لحظة ليعرف بها انقطاع الحيض ، وإن لم تكن هذه اللحظة
 من عدتها فلا بد منها لمعرفة انقطاع حيضها ولو صادفتها رجعت لم تصح ، ومن
 اعتبر الغسل في قضاء العدة فلا بد من وقت يمكن الغسل فيه بعد انقطاع الحيض ،
 وإن قلنا القروء الحيض والطهر خمسة عشر يوماً ، فأقل ما تنقضي به العدة ثلاثة
 وثلاثون يوماً ولحظة تزيد أربعة أيام في الطهرين . وإن قلنا القروء الإطهار وأقل
 (م ٣٠ - ج ٧ - المغني)

الطهر ثلاثة عشر يوماً فإن عدتها تنقضي بثمانية وعشرين يوماً ولحظتين وهو أن يطلقها في آخر لحظة من طهرها فتحتسب بها قرءاً ثم تحتسب طهرين آخرين ستة وعشرين يوماً وبينهما حيضتين يومين فإذا طعنت في الحيضة الثالثة لحظة انقضت عدتها ، وإن قلنا الطهر خمسة عشر يوماً زدنا على هذا أربعة أيام في الطهرين ، فيكون اثنين وثلاثين يوماً ولحظتين وهذا قول الشافعي . فإن كانت أمة انقضت عدتها بخمسة عشر يوماً ولحظة على الوجه الأول وتسعة عشر يوماً ولحظة على الوجه الثاني وبأربعة عشر يوماً ولحظتين على الوجه الثالث وستة عشر يوماً ولحظتين على الوجه الرابع ، فمضى ادعت انقضاء عدتها بالقراءة في أقل من هذا لم يقبل قولها عند أحد فيما أعلم أنه لا يحتمل صدقها .

وإن ادعت انقضاء عدتها في أقل من شهر لم يقبل قولها إلا بينة لأن شريحاً قال ، إذا ادعت أنها حاضت ثلاث حيض في شهر وجاءت بينة من النساء العادلات من بطانة أهلها ممن يرضى صدقه وعدله أنها رأت ما يحرم عليها الصلاة من الطمث وتغتسل عند كل قرء وتصلى فقد انقضت عدتها وإلا فهي كاذبة ، وقال له علي بن أبي طالب : قالون ، ومعناه بالرومية أصبت أو أحسنت ، فأخذ أحمد بقول علي في الشهر ، فإن ادعت ذلك في أكثر من شهر صدقها على حديث «إن المرأة أوتمنت على فرجها ، ولأن حيضها في الشهر ثلاث حيض ينذر جداً فرجح بينة ولا ينذر فيما زاد على الشهر كندرته فيه فقبل قولها من غير بينة ، وقال الشافعي لا يقبل قولها في أقل من اثنين وثلاثين يوماً ولحظتين ولا يقبل في أقل من ذلك بحال لأنه لا يتصور عنده أقل من ذلك ،

وقال النعمان لا تصدق في أقل من ستين يوماً ، وقال صاحباه لا تصدق في أقل من تسعة وثلاثين يوماً لأن أقل الحيض عندهم ثلاثة أيام فثلاث حيض تسعة أيام وطهران ثلاثون يوماً والخلاف في هذا ينبنى على الخلاف في أقل الحيض وأقل الطهر وفي القراءة ما هي وقد سبق .

ومما يدل عليه في الجملة قبول علي وشرح بينتها على انقضاء عدتها في شهر ولولا تصويره لما قبلت عليه بينة ولا سمعت فيه دعوى ولا يتصور إلا بما قلناه ،

فأما إن ادعت انقضاء العدة في أقل من ذلك لم تسمع دعواها ولا يصفى إلى بيتها لأنها تعلم كذبها ، فإن بقيت على دعواها حتى أتى عليها ما يمكن صدقها فيه نظرنا فإن بقيت على دعواها المردودة لم يسمع قولها لأنها تدعى محالا ، وإن ادعت أنها انقضت عدتها في هذه المدة كلها أو فيما يمكن منها قبل قولها لأنه أمكن صدقها ولا فرق في ذلك بين الفاسقة والمرضية والمسلمة والمكافرة لأن ما يقبل فيه قول الإنسان على نفسه لا يختلف باختلاف حاله كإخباره عن بينة فيما تعتبر فيه بينة .

القسم الثاني : أن تدعى انقضاء عدتها بوضع الحمل فلا يخلو إما أن تدعى وضع الحمل العام أو أنها أسقطته قبل كماله فإن ادعت وضعه لتام فلا يقبل قولها في أقل من ستة أشهر من حين إمكان الوطء بعد العقد لأنه لا يكمل في أقل من ذلك وإن ادعت أنها أسقطته لم يقبل قولها في أقل من ثمانين يوما من حين إمكان الوطء بعد عقد النكاح . لأن أقل سقط تنقضى به العدة ما أتى عليه ثمانون يوما لأنه يكون نطفة أربعين يوما ثم يكون علقة أربعين يوما ثم يصير مضغة بعد الثمانين ولا تنقضى به العدة قبل أن يصير مضغة بحال ، وهذا ظاهر قول الشافعي .

القسم الثالث : أن تدعى انقضاء عدتها بالشهور فلا يقبل قولها فيه لأن الخلاف في ذلك يبنى على الاختلاف في وقت الطلاق والقول قول الزوج فيه فيكون القول قوله فيما يبنى عليه إلا أن يدعى الزوج انقضاء عدتها ليسقط عن نفسه نفقتها مثل أن يقول طلقتك في شوال فتقول هي بل في ذي الحجة فالقول قولها لأنه يدعى ما يسقط النفقة والأصل وجوبها فلا يقبل إلا ببينة ولو ادعت ذلك ولم يكن لها نفقة قبل قولها لأنها تقرر على نفسها بما هو أغلظ ،

ولو انعكست الدعوى فقال طلقتك في ذي الحجة فلي رجعتك فقالت بل طلقتنى في شوال فلا رجعة لك فالقول قوله لأن الأصل بقاء نكاحه ولأن القول قوله في إثبات الطلاق ونفيه فكذلك في وقته ، وإذا ثبت هذا فكل موضع قلنا القول قولها فأنكرها الزوج فقال الخرقى : عليها اليمين وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد وقد أوما إليه أحد في رواية أبي طالب .

وقال القاضي : قياس المذهب أن لا يجب عليها يمين وقد أوما إليه أحمد فقال

لا يمين في نكاح ولا طلاق وهو قول أبي حنيفة لأن الرجعة لا يصح بذلها فلا يستحلف فيها كالحرد . والأول أولى لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «اليمين على المدعى عليه ، ولأنه حق آدمى يمكن صدق مدعيه فيجب اليمين فيه كالأموال فإن نكحت عن اليمين فقال القاضي لا يقضى بالنكول لأنه مما لا يصح بذله ، ويحتمل أن يستحلف الزوج وله رجعتها بناء على القول برد اليمين على المدعى وذلك لأنه لما وجد النكول منها ظهر صدق الزوج وقوى جانبه ، واليمين تشرع في حق من قوى جانبه ولذلك شرعت في حق المدعى عليه لقوة بمانه باليد في العين وبالأصل في براءة الدمة في الدين ، وهذا مذهب الشافعي .

(فصل) وإذا ادعى الزوج في عدتها أنه كان راجعاً أمس أو منذ شهر قبل قوله لأنه لما ملك الرجعة ملك الإقرار بها كالطلاق وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم ، وإن قال بعد انقضاء عدتها : كنت راجعاً في عدتك فأنكرته فالقول قولها بإجماعهم ، لأنه ادعاها في زمن لا يملكها والأصل عدمها وحصول البينة ، فإن كان اختلافهما في زمن يمكن فيه انقضاء عدتها وبقاؤها فبدأت فقالت انقضت عدتي فقال قد كنت راجعاً فأنكرته لم يقبل قوله لأن خبرها بانقضاء عدتها مقبول لإمكانه فصارت دعواه للرجعة بعد الحكم بانقضاء عدتها فلم تقبل فإن سبقها بالدعوى فقال قد كنت راجعاً أمس فقالت قد انقضت عدتي قبل دعواك فالقول قوله لأن دعواه للرجعة قبل الحكم بانقضاء عدتها في زمن الظاهر قبول قوله فيه فلا يقبل قولها بعد ذلك في إبطاله . ولو سبق فقال قد راجعاً فقالت قد انقضت عدتي قبل راجعاً فأنكرها فقال القاضي القول قوله لما ذكرنا وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي ، وظاهر كلام الخرقى أن قولها مقبول سواء سبقها بالدعوى أو سبقته وهو وجه ثان لأصحاب الشافعي لأن الظاهر البينة والأصل عدم الرجعة فكان الظاهر معها ولأن من قبل قوله سابقاً قبل قوله مسبقاً كسائر من يقبل قوله . ولهم وجه ثالث أن القول قول الزوج بكل حال لأن المرأة تدعى ما يرفع النكاح وهو ينكره فكان القول قوله كما لو ادعى المولى والعين إصابة امرأته فأنكرته وهذا لا يصح فإنه قد انعقد سبب البينة وهو مفض إليها ما لم يوجد ما يرفعه ويزيل حكمه ، والأصل عدمه فكان القول قول من ينكره بخلاف

ما تأسوا عليه وإن وقع القول منهما جميعاً فلا رجعة لأن خبرها بانقضاء عدتها يكون بعدها فيكون قوله بعد العدة فلا يقبل قال أبو الخطاب ويحتمل أن يقرع بينهما فيكون القول قول من تقع له القرعة والصحيح الأول .

(فصل) وإن اختلفا في الإصابة فقال قد أصبتك فلي رجعتك فأنكرته أو قالت قد أصابني فلي المهر كاملاً فالقول قول المنكر منهما لأن الأصل معه فلا يزول إلا يقين وليس له رجعتها في الموضعين لأنه أنكر الإصابة فهو يقر على نفسه بينوتها وأنه لا رجعة له عليها ، وإن أنكرتها هي فالقول قولها ولا تستحق إلا نصف المهر في الموضعين لأنها إن أنكرتها فهي مقرة أنها لا تستحق إلا نصف المهر وإن أنكرها فالقول قوله . هذا إن كان غير مقبوض . فإن كان اختلفا فيها بعد قبضها له وادعى إصابتها فأنكرته لم يرجع عليها بشيء لأنه يقر لها به ولا يدعيه ، وإن كان هو المنكر رجع عليها بنصفه . وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي . فإن قيل فلم قبلتم قول المولى والعين في الإصابة ولم تقبلوه هنا ؟ قلنا : لأن المولى والعين يدعيان ما يبقى النكاح على الصحة ويمنع فسخه ، والأصل صحة العقد وسلامته فكان قولها موافقاً للأصل فقبل ، وفي مسألتنا قد وقع ما يرفع النكاح ويزيله وهو ما رآه إلى بينونة ، وقد اختلفا فيما يرفع حكم الطلاق ويثبت له الرجعة ، والأصل عدم ذلك فكان قوله مخالفاً للأصل فلم يقبل ، ولأن المولى والعين يدعيان الإصابة في موضع تحققت فيه الخلوة والتمكين من الوطء لأنه لو لم يوجد ذلك لما استحققتا الفسخ بعد الوطء فكان الاختلاف فيما يختص به وفي مسألتنا لم تتحقق خلوة ولا تمكين لأنه لو تحقق ذلك لوجب المهر كاملاً فكان الاختلاف في أمر ظاهر لا يختص به فلم يقبل فيه قول مدعيه إلا بينه . وهل يشرع اليمين في حق من القول قوله هنا ؟ على وجهين .

(فصل) والخلوة كالإصابة في إثبات الرجعة للزوج على المرأة التي خلا بها في ظاهر قول الخرق لقوله : حكمها حكم الدخول في جميع أمورها . وهذا قول الشافعي في القديم ، وقال أبو بكر لا رجعة له عليها إلا أن يصيبها وبه قال النعمان وصاحباه والشافعي في الجديد لأنها غير مصابة فلا تستحق رجعتها كغير التي خلا بها ولنا : قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن — إلى قوله — وبعولتهن أحق بردهن في ذلك)

ولأنها معتدة من طلاق لأعوض فيه ولم تستوف عدده فثبت عليها الرجعة كالإصابة
ولأنها معتدة يلحقها طلاقه فلك رجعتها كالتى أصابها ، وفارق التى لم يخل بها فإنها
بائن منه لا عدة لها ، ولا يلحقها طلاقه وإنما تكون الرجعة للمعتدة التى
يلحقها طلاقه

(فصل) وإن ادعى زوج الائمة بعد عدتها أنه كان راجعها فى عدتها فكذبه
وصدقه مولاهما فالقول قولها ، نص عليه أحمد وبذلك قال أبو حنيفة ومالك ، وقال
أبو يوسف ومحمد القول قول الزوج وهو أحق بها لأن إقرار مولاهما مقبول فى نكاحها
فقبل قوله فى رجعتها كالحررة إذا أقرت

ولنا : أن قولها فى انقضاء عدتها مقبول فقبل فى إنكارها للرجعة كالحررة ولأنه
اختلاف منهما فيما يثبت به النكاح فيكون المنازع هى دون سيدها كما لو اختلفا فى
الإصابة ، وإنما قبل قول السيد فى النكاح لأنه يملك إنشاء فلك الإقرار به بخلاف
الرجعة ، وإن صدقته هى وكذبه مولاهما لم يقبل إقرارها لأن حق السيد يتعلق بها
وحلت له بانقضاء عدتها فلم يقبل قولا فى إبطال حقه كالأزواج ثم أقرت أن مطلقها
كان راجعها ولا يلزم من قبول إنكارها قبول تصديقها كالتى تزوجت فإنه يقبل
إنكارها ولا يقبل تصديقها

إذا ثبت هذا : فإن مولاهما إذا علم صدق الزوج فى رجعتها لم يحل له وطؤها
ولا تزويجها ، وإن علمت هى صدق الزوج فى رجعتها فهى حرام على سيدها ولا يحل
لها تمكينه من وطئها إلا مكرهة كما قبل طلاقها

(فصل) ولو قالت انقضت عدتى ثم قالت ما انقضت بعد فله رجعتها لأنّها
أقرت بكذبها فيما يثبت به حق عليها فقبل إقرارها ولو قال أخبرتنى بانقضاء عدتها
ثم راجعتها ثم أقرت بكذبها فى انقضاء عدتها وأنكرت ما ذكر عنها وأقرت بأن عدتها
لم تنقض فالرجعة صحيحة لأنه لم يقر بانقضاء عدتها وإنما أخبر بخبرها عن ذلك
وقد رجعت عن خبرها فقبل رجوعها لما ذكرناه

« مسألة » قال (وإذا طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها ثانية بنت على
ما مضى من العدة)

وبهذا قال أبو حنيفة وهو قول الشافعى وله قول ثان أنها تسأنف العدة لأنها
مطلقة واقعة فى حق مدخول بها فاقتضت عدة كاملة كالأولى

ولنا : أنهما طلاقان لم يتخللها إصابة ولا خلوة فلم يجب بهما أكثر من عدة كما لو والى بينهما أو كما لو انتقضت عدتها ثم نكحها وطلقها قبل دخوله بها ، وهكذا الحكم لو طلقها ثم فسخ نكاحها لعيب في أحدهما أو لعتقها تحت عبد أو غيره أو انفسخ نكاحها لرضاع أو اختلاف دين أو غير ذلك لأن الفسخ في معنى الطلاق .

(فصل) وإن طلقها ثم راجعها ثم طلقها قبل دخوله بها فقيه روايتان . إحداهما : تبني على ما مضى من العدة نقلها الميموني وهي اختيار أبي بكر وقول عطاء وأحد قولي الشافعي لأنهما طلاقان لم يتخللها دخول بها فكانت العدة من الأول منهما كما لو لم يرتجعها ولأن الرجعة لم يتصل بها دخول فلم يجب بالطلاق منها عدة كما لو نكحها ثم طلقها قبل الدخول .

والثانية : تستأنف العدة نقلها ابن منصور وهي أصح وهذا قول طاوس وأبي قلابة وعمرو بن دينار وجابر وسعيد بن عبد العزيز وإسحاق وأبي ثور وأبي عبيد وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال الثوري أجمع الفقهاء على هذا .

وحكى أبو الخطاب عن مالك : إن قصد الإضرار بها بنت وإلا استأنفت لأن الله تعالى إنما جعل الرجعة لمن أراد الإصلاح بقوله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً) والذي قصد الإضرار لم يقصد الإصلاح .

ولنا : أنه طلاق في نكاح مدخول بها فيه فأوجب عدة كاملة كما لو لم يتقدمه طلاق . وهذا لأن الطلقة الأولى شعث النكاح والرجعة لم تشعثه وقطعت عمل الطلاق فصار الطلاق الثاني في نكاح غير مشعث مدخول بها فيه فأوجب عدة كالأول وكما لو ارتدت ثم أسلمت ثم طلقها فإنها تستأنف عدة كذا هنا . ويفارق الطلاق قبل الرجعة فإنه جاء بعد طلاق مفض إلى بينونة فإن راجعها ثم دخل بها ثم طلقها فإنها تستأنف عدة بغير اختلاف بين أهل العلم لأنه بالوطء بعد الرجعة صار كالنكاح ابتداء إذا وطئ .

(فصل) وإن خالع زوجته أو فسخ النكاح ثم نكحها في عدتها ثم طلقها فإن كان دخل بها فعليها العدة بلا خلاف لأنه طلاق في نكاح مدخول بها فيه لم يتقدمه طلاق سواء ، وإن لم يكن دخل بها بنت على العدة الأولى في الصحيح من المذهب ، وعنه

أنها تستأنف العدة وهو قول أبي حنيفة لأن النكاح أقوى من الرجعة ولو طلقها بعد الرجعة استأنفت العدة فهنا أولى .

ولنا : أنه طلاق من نكاح لم يصحبها فيه فلم تجب به عدة كما لو فكحها بعد انقضاء عدتها . وفارق الرجعة لأنها ردت المرأة إلى النكاح الأول فكان الطلاق الثاني في نكاح اتصل به الدخول ، وهذا النكاح جديد بعد البينونة من الأولى ولم يوجد فيه دخول ، فأشبهه الزوج بعد قضاء العدة ، وأما بناؤها على العدة الأولى فلأنها إنما قطع حكمها النكاح وقد زال فيعود إليها . ولو أسلمت زوجته ثم أسلم في عدتها أو أسلم هو ثم أسلمت هي في عدتها وطلقها قبل وطئه أو بعده أو ارتدت ثم أسلمت ثم طلقها فعليها عدة مستأنفة بلا خلاف لأنه طلاق في نكاح وطئ فيه أشبه الطلاق في النكاح الأول .

(فصل) ومتى وطئ الرجعية وقلنا إن الوطء لا تحصل به الرجعة فعليها أن تستأنف العدة من الوطء ، ويدخل فيها بقية عدة الطلاق لأنهما عدتان من رجل واحد فتداخلا كما لو طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها وله ارتجاعها في بقية العدة الأولى لأنها عدة من الطلاق فإذا مضت البقية لم يكن له ارتجاعها في بقية عدة الوطء لأنها عدة من وطء شبهة فإن حملت من الوطء صارت في عدة الوطء وتدخل فيها البقية الأولى ولأنهما عدتان لواحد فأشبه ما لو كانا بالاقراء ، وتنقضى العدتان جميعاً بوضع الحمل لأنه لا يتبعض وله مراجعتها قبل وضعه لأنها في عدة من الطلاق ، ويحتمل أن لا يتداخلا لأنهما من جفسين ، فعلى هذا تصير معتدة من الوطء خاصة ، وهل له رجعتها في مدة الحمل ، على وجهين مضى توجيههما فيما إذا حملت من وطء زوج ثان فإذا وضعت أتمت عدة الطلاق وله ارتجاعها في هذه البقية لأنها من عدة الطلاق، ولو طلقها حاملاً ثم وطئها انقضت عدتها بوضع الحمل منهما جميعاً ويحتمل أن تستأنف عدة الوطء بعد وضع الحمل لما ذكرنا ولا رجعة له بعد وضع الحمل في هذه الصورة بكل حال، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على ما ذكرنا سواء .

« مسألة ، قال (وإذا طلقها ثم أشهد على المراجعة من حيث لا تعلم فاعتدت ثم نكحت من أصابها ردت إليه ولا يصيبها حتى تنقضي عدتها في إحدى الروايتين ، والاخرى هي زوجة الثاني)

وجملة ذلك : أن زوج الرجعية إذا راجعها وهي لا تعلم صحت المراجعة ، لأنها لا تفتقر إلى رضاها فلم تفتقر إلى علمها كطلاقها ، فإذا راجعها ولم تعلم فانقضت عدتها ثم تزوجت ثم جاء وادعى أنه كان راجعها قبل انقضاء عدتها وأقام البينة على ذلك ثبت أنها زوجته وأن نكاح الثاني فاسد ، لأنه تزوج امرأة غيره وترد إلى الأول سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل بها ، هذا هو الصحيح وهو مذهب أكثر الفقهاء منهم الثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي ، وروى ذلك عن علي رضي الله عنه .

وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية ثانية : إن دخل بها الثاني فهي امرأته ، ويبطل نكاح الأول . روى ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وهو قول مالك ، وروى معناه عن سعيد بن المسيب وعبد الرحمن بن القاسم ونافع لأن كل واحد منهما عقد عليها وهي بمن يجوز له العقد في الظاهر ومع الثاني مزية الدخول فقدم بها .

ولنا : أن الرجعة قد صحت وتزوجت وهي زوجة الأول فلم يصح نكاحها كما لو لم يطلقها . فإذا ثبت هذا فإن كان الثاني ما دخل بها فرق بينهما وردت إلى الأول ولا شيء على الثاني ، وإن كان دخل بها فلها عليه مهر المثل لأن هذا وطء شبهة ، وتعتد ولا تحمل للأول حتى تنقضي عدتها منه ، وإن أقام البينة قبل دخول الثاني بها ردت إلى الأول بغير خلاف في المذهب . وهو إحدى الروايتين عن مالك . وأما إن تزوجها مع علمها بالرجعة أو علم أحدهما فالتكاح باطل بغير خلاف والوطء محرم على من علم منهما وجب عليه حكم الزاني في الحد وغيره لأنه وطئ امرأة غيره مع علمه . فأما إن لم يكن لمدعى الرجعة بينة فأنكره أحدهما لم يقبل قوله ، ولكن إن أنكره جميعا فالتكاح صحيح في حقهما ، وإن اعترفاه بالرجعة ثبتت والحكم فيه كما لو قامت به البينة سواء ، وإن أقر له الزوج وحده فقد اعترف بفساد نكاحه فتبين منه وعليه

مهرها إن كان بعد الدخول أو نصفه إن كان قبله لأنه لا يصدق على المرأة في إسقاط حقها عنه ولا تسلم المرأة إلى المدعى لأنه لا يقبل قول الزوج الثاني عليها وإنما يلزمه في حقه ويكون القول قولها وهل هو مع يمينها أو لا ؟ على وجهين ، والصحيح أنها لا تستحلف لأنها لو أقرت لم يقبل إقرارها فإذا أنكرت لم تجب اليمين بإنكارها ، وإن اعترفت المرأة وأنكر الزوج لم يقبل اعترافها على الزوج في فسخ النكاح لأن قولها إنما يقبل على نفسها في حقها ، وهل يستحلف ؟ يحتمل وجهين .

أحدهما : لا يستحلف ، اختياره القاضي لأنه دعوى في النكاح فلم يستحلف كما لو ادعى زوجية امرأة فأنكرته .

والثاني : يستحلف ، قال القاضي وهو قول الخرق لعموم قوله عليه السلام « ولكن اليمين على المدعى عليه » ، ولأنه دعوى في حق آدمي فيستحلف فيه كالمال فإن حلف فيمينه على نفي العلم لأنه على نفي فعل الغير فإن زال نكاحه بطلاق أو فسخ أو موت ردت إلى الأول من غير عقد لأن المنع من ردها إنما كان لحق الثاني ، فإذا زال المانع وحكم بأنها زوجة الأول كما لو شهد بحرية عبد ثم اشتراه عتق عليه ولا يلزمها للأول مهر بحال وذكر القاضي أن عليها له مهرأ وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأنها أقرت أنها حالت بينه وبين بضعها بغير حق فأشبهه شهود الطلاق إذا رجعوا .

ولنا : أن ملكها استقر على المهر فلم يرجع به عليها كما لو ارتدت أو أسلمت أو قتلت نفسها فإن مات الأول وهي في نكاح الثاني فينبغي أن ترثه لإقراره بزوجيتها أو لإقرارها بذلك ، وإن مات لم يرثها لأنها لا تصدق في إبطال ميراث الزوج الثاني كما لم تصدق في إبطال نكاحه ويرثها الزوج الثاني لذلك ، وإن مات الزوج الثاني لم ترثه لأنها تنكر صحة نكاحه فتنكر ميراثه ،

« مسألة ، قال (وإذا طلقها ثلاثا وانقضت عدتها منه ثم أتته فذكرت أنها نكحت من أصابها ثم طلقها أو مات عنها وانقضت عدتها منه وكان ذلك ممكناً فله أن ينكحها إذا كان يعرف منها الصديق والصلاح ، وإن لم تكن عنده في هذا الحال لم ينكحها حتى يصح عنده قولها) .

وجملة ذلك : أن المطلقة المبتوتة إذا مضى زمن بعد طلاقها يمكن فيه انقضاء عدتين بينهما نكاح ووطء فأخبرته بذلك وغلب على ظنه صدقها إما لمعرفته بأمايتها أو بخبر غيرها ممن يعرف حالها فله أن يتزوجها في قول عامة أهل العلم منهم الحسن والأوزاعي والثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي : وذلك لأن المرأة مؤتمنة على نفسها وعلى ما أخبرت به عنها ، ولا سبيل إلى معرفة هذه الحال على الحقيقة إلا من جهتها فيجب الرجوع إلى قولها كما لو أخبرت بانقضاء عدتها ، فأما إن لم يعرف ما يغلب على ظنه صدقها لم يحل له نكاحها ، وقال الشافعي : له نكاحها لما ذكرنا أولاً. والورع أن لا ينكحها . ولنا : أن الأصل التحريم ولم يوجد غلبة ظن تنقل عنه فوجب البقاء عليه كما لو أخبره فاسق عنها .

(فصل) وإذا أخبرت أن الزوج أصابها فأنكر فالحق قولها في خلها للأول والقول قول الزوج في المهر ولا يلزمه إلا نصفه إذا لم يقر بالخلوة بها ، فإن قال الزوج الأول : أنا أعلم أنه ما أصابها لم يحل له نكاحها لأنه يقر على نفسه بتحريمها فإن عاد فأكذب نفسه وقال قد علمت صدقها دين فيما بينه وبين الله تعالى لأن الحل والحرمة من حقوق الله تعالى فإذا علم حلها له لم يحرم بكذبه وهذا مذهب الشافعي ولأنه قد يعلم ما لم يكن عليه ، ولو قال ما أعلم أنه أصابها لم تحرم عليه بهذا لأن المعتبر في حلها له خبر يغلب على ظنه صدقه لا حقيقة العلم .

(فصل) وإذا طلقها طلاقاً رجعياً وغاب وقضت عدتها وأرادت التزوج فقال وكيله توفي كيلاً يكون راجعك لم يجب عليها التوقف لأن الأصل عدم الرجعة وحل النكاح فلا يجب الزوال عنه بأمر مشكوك فيه ، ولأنه أمر لو وجب عليها التوقف في هذه الحال لوجب عليها التوقف قبل قوله ، لأن احتمال الرجعة موجود سواء قال أو لم يقل فيفضي إلى تحريم النكاح على كل رجعية غاب زوجها أبداً .

(فصل) فإذا قالت قد تزوجت من أصابني ثم رجعت عن ذلك قبل أن يعقد عليها لم يجز العقد لأن الخبر المبيح للعقد قد زال فزالت الإباحة ، وإن كان بعد ما عقد عليها لم يقبل لأن ذلك إبطال للعقد الذي لزمها بقولها فلم يقبل كما لو ادعى زوجية امرأة فأقرت له بذلك ثم رجعت عن الإقرار .

كتاب الإيلاء

الإيلاء : في اللغة الحلف يقال ، آلى يولى إيلاء وألّية وجمع الآلية ألياء ، قال الشاعر :

قليل الألياء حافظ ليمينه إذا صدرت منه الآلية برت
ويقال : تآلى يتآلى ، وفي الخبر : من يتآلى على الله يكذبه ، فأما الإيلاء في الشرع فهو الحلف على ترك وطء المرأة والأصل فيه قول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) وكان أبي بن كعب وابن عباس يقرآن يقسمون .
« مسألة ، قال (والمولى الذى يحلف بالله عز وجل ان لا يوطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر) .

وجملته : أن شروط الإيلاء أربعة : أحدها أن يحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته ولا خلاف بين أهل العلم في أن الحلف بذلك إيلاء ، فأما إن حلف على ترك الوطء بغير هذا مثل : أن حلف بطلاق أو عتاق أو صدقة المال أو الحج أو الظهار ، ففيه روايتان . إحداهما : لا يكون مولى ، وهو قول الشافعى القديم . والرواية الثانية : هو مول . وروى عن ابن عباس أنه قال : كل يمين منعت جماعتها فهي إيلاء وبذلك قال الشعبي والنخعي ومالك وأهل الحجاز والثوري وأبو حنيفة وأهل العراق والشافعى وأبو ثور وأبو عبيد وغيرهم لأنها يمين منعت جماعتها فكانت إيلاء كالحلف بالله ولأن تعليق الطلاق والعتاق على وطئها حلف بدليل أنه لو قال : متى حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم قال : إن وطئتك فأنت طالق طلقت في الحال ، وقال أبو بكر : كل يمين من حرام أو غيرها يجب بها كفارة يكون الخالف بها مولى ، وأما الطلاق والعتاق فليس الحلف به إيلاء لأنه يتعلق به حق آدمى وما أوجب كفارة تعلق بها حق الله تعالى ، والرواية الأولى هي المشهورة لأن الإيلاء المطلق إنما هو القسم ولهذا قرأ أبي وابن عباس « يقسمون » ، مكان « يولون » ، وروى عن ابن عباس في تفسير يولون . قال : يحلفون بالله ، هكذا ذكره الإمام أحمد ، والتعليق بشرط ليس بقسم ، ولهذا لا يؤتى فيه بحرف القسم ولا يجاب بجوابه ولا يذكره أهل العربية في باب القسم فلا يكون إيلاء وإنما يسمى حلفاً تجوزاً

لمشاركته القسم في المعنى المشهور في القسم وهو الحث على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر ، والكلام عند إطلاقه لحقيقته . ويدل على هذا قول الله تعالى (فان قاموا فان الله غفور رحيم) وإنما يدخل القرآن في اليمين بالله ، وأيضاً قول النبي صلى الله عليه وسلم (من حلف بغير الله فقد أشرك) وقوله (إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم) متفق عليه ، وإن سلمنا أن غير القسم حلف لكن الحلف بإطلاقه إنما ينصرف إلى القسم وإنما ينصرف إلى غير القسم بدليل ، ولا خلاف في أن القسم بغير الله تعالى وصفاته لا يكون إيلاء لأنه لا يوجب كفارة ولا شيئاً يمنع من الوطء فلا يكون إيلاء كالحبر بغير القسم ، وإذا قلنا بالرواية الثانية فلا يكون مولياً إلا أن يحلف بما يلزمه بالحنث فيه حق كقوله إن وطئتك فعدى حر أو فأت طائق أو فأت على كظهر أمي أو فأت على حرام أو فله على صوم سنة أو الحج أو صدقة فهذا يكون إيلاء لأنه يلزمه بوطئها حق يمنعه من وطئها خوفاً من وجوبه وإن قال إن وطئت فأت زانية لم يكن مولياً لأنه لا يلزمه بالوطء حق ولا يصير قاذفاً بالوطء لأن القذف لا يتعلق بالشرط ولا يجوز بالشرط أن تصير زانية بوطئها كما لا تصير زانية بطلوع الشمس ، وإن قال إن وطئت فله على صوم هذا الشهر لم يكن مولياً لأنه لو وطئها بعد مضيه لم يلزمه حق فان صوم هذا الشهر لا يتصور بعد مضيه فلا يلزم بالنذر كما لو قال إن وطئت فله على صوم أمس وإن قال إن وطئت فله على أن صلى عشرين ركعة كان مولياً .

وقال أبو حنيفة لا يكون مولياً لأن الصلاة لا يتعلق بها مال ولا يتعلق بمال فلا يكون الحالف بها مولياً كما لو قال إن وطئت فله على أن أمشي في السوق .

ولنا: أن الصلاة تجب بالنذر فكان الحالف بها مولياً كالصوم والحج وما ذكره لا يصح فان الصلاة تحتاج إلى الماء والسترة . وأما المشي في السوق فقياس المذهب على هذه الرواية إنه يكون مولياً لأنه يلزمه بالحنث في هذا النذر أحد شيئين إما الكفارة وإما المشي . فقد صار الحنث موجباً لحق عليه فعلى هذا يكون مولياً بنذر فعل المباحات والمعاصي أيضاً ، فان نذر المعصية موجب للكفارة في ظاهر المذهب ، وإن سلمنا فالفرق بينهما أن المشي لا يجب بالنذر بخلاف مسألتنا ، وإذا استثنى في

بخلاف اليمين على مدينة معينة فإنه يمكن التخلص بغير الحنث ، ولأن الأربعة الأشهر مده تتضرر المرأة بتأخير الوطء عنها فإذا حلف على أكثر منها كان موليا كالأبد .
ودليل الوصف ما روى أن عمر رضى الله عنه كان يطوف ليلة في المدينة فسمع امرأة تقول :

تطاول هذا الليل وازور جانبه وليس إلى جنبي خليل ألاعبه

فوالله لولا الله لا شيء غيره لززع من هذا السرير جوانبه

مخافة ربي والحياء يكفى وأكرم بعلى أن تنال مراكمه

فسأل عمر نساء : كم تصبر المرأة عن الزوج ؟ فقلن شهرين وفي الثالث يقل الصبر ،
وفي الرابع ينفد الصبر . فكتب إلى امرء الأجناد : أن لا تحبسوا رجلا عن امرأته
أكثر من أربعة أشهر .

(فصل) وإذا علق الإيلاء بشرط مستحيل كقوله : والله لا وطئتكم حتى تصعدى
السماء أو تقبى الحجر ذهباً أو يشيب الغراب فهو مول لأن معنى ذلك ترك وطئها
فإن ما يراد إحالة وجوده يعلق على المستحيلات . قال الله تعالى في الكفار :
(ولا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل في سم الخياط) ومعناه لا يدخلون الجنة أبداً ،
وقال بعضهم :

إذا شاب الغراب أتيت أهلى وصار القار كاللبن الحليب

وإن قال والله لا وطئتكم حتى تحبلى فهو مول لأن حبلا بغير وطء مستحيل عادة
فهو كصعود السماء ، وقال القاضى وأبو الخطاب وأصحاب الشافعى ليس بمول إلا أن
تكون صغيرة يغلب على الظن أنها لا تحمل في أربعة أشهر أو آيسة ، فأما إن كانت
من ذوات الإقراء فلا يكون مولياً لأنه يمكن حملها ، قال القاضى : وإذا كانت
الصغيرة بنت تسع سنين لم يكن مولياً لأن حملها ممكن .

ولنا : أن الحمل بدون الوطء مستحيل عادة ، فكان تعليق اليمين عليه إيلاء
كصعود السماء . ودليل استحالة قول مريم : (أنى يكون لى غلام ولم يمسسنى بشر
ولم أك بغيا ؟) وقولهم : (يا أخت هارون ما كان أبوك امرأ سوء وما كانت أمك
بغيا) ولولا استحالة لما نسبوها إلى البغاء لوجود الولد . وأيضاً قول عمر رضى الله

عنه : « الرجم حق على من زنا وقد أحسن ، إذا قامت به البينة ، أو كان الحبل أو الاعتراف ، ولأن العادة أن الحبل لا يوجد من غير وطء ، فإن قالوا يمكن حبسها من وطء الغير أو باستدخال منيه قلنا : أما الأول فلا يصح فإنه لو صرح به فقال : لا وطئتكم حتى تحبلى من غيرى أو ما دمت فى نكاحى أو حتى تزنى كان مولياً ، ولو صح ما ذكروه لم يكن مولياً ، وأما الثانى فهو من المستحيلات عادة إن وجد كان من خوارق العادات بدليل ما ذكرناه ، وقد قال أهل الطب : إن المني إذا برد لم يخلق منه ولد وصحح قولهم قيام الأدلة التى ذكرنا بعضها وجريان العادة على وفق ما قالوه ، وإذا كان تعليقه على موته أو موتها أو موت زيد لإيلاء فتعليقه على حبسها بغير وطء أولى ، وإن قال أردت بقولى حتى تحبلى السببية ولم أرد الغاية ومعناه لا أطوك لتحبلى قبل منه ولم يكن مولياً لأنه ليس بحالف على ترك الوطء وإنما هو حالف على قصد ترك الحبل به فإن « حتى » تستعمل بمعنى السببية .

(فصل) وإن علمته على غير مستحيل فذلك على خمسة أضرب .

أحدها : ما يعلم أنه لا يوجد قبل أربعة أشهر كقيام الساعة فإن لها علامات تسبقها فلا يوجد ذلك فى أربعة أشهر ، وكذلك إن قال حتى تأتى الهند أو نحوه فهذا مول لأن يمينه على أكثر من أربعة أشهر .

الثانى : ما الغالب أنه لا يوجد فى أربعة أشهر كخروج الدجال والدابة وغيرهما من أشراط الساعة ، أو يقول حتى أموت أو تموتى أو يموت ولدك أو زيد أو حتى يقدم زيد من مكة والعادة أنه لا يقدم فى أربعة أشهر فيكون مولياً . لأن الغالب أن ذلك لا يوجد فى أربعة أشهر . فأشبهه ما لو قال : والله لا وطئتكم فى نكاحى هذا ، وكذلك لو علق الطلاق على مرضها أو مرض إنسان بعينه .

الثالث : أن يعلقه على أمر يحتمل الوجود فى أربعة أشهر ويحتمل أن لا يوجد احتمالاً متساوياً كقدوم زيد من سفر قريب أو من سفر لا يعلم قدره فهذا ليس بإيلاء . لأنه لا يعلم حظه على أكثر من أربعة أشهر ولا يظن ذلك .

الرابع : أن يعلقه على ما يعلم أنه يوجد فى أقل من أربعة أشهر أو يظن ذلك كذبول بقل وجفاف ثوب ومجيء المطر فى أوامه و قدوم الحاج فى زمانه ، فهذا

لا يكون مولياً لما ذكرناه ، ولأنه لم يقصد الإضرار بترك وطنها أكثر من أربعة أشهر . فأشبه ما لو قال والله لا وطنك شهراً .

الخامس : أن يعلقه على فعل منها هي قدرة عليه أو فعل من غيرها . وذلك ينقسم أقساماً ثلاثة . أحدها : أن يعلقه على فعل مباح لا مشقة فيه كقوله : والله لا أطوك حتى تدخل الدار أو تأبسي هذا الثوب أو حتى أتغفل بصوم يوم أو حتى أكسرك . فهذا ليس بإيلاء لأنه يمكن الوجود بغير ضرر عليها فيه . فأشبه الذي قبله . والثاني أن يعلقه على محرم كقوله والله لا أطوك حتى تشرب الخمر أو تزني أو تسقطي ولدك أو تتركي صلاة الفرض أو حتى أقتل زيدا أو نحوه . فهذا إيلاء ، لأنه علقه بممتنع شرعاً . فأشبه الممتنع حساً . الثالث : أن يعلقه على ما على فاعله فيه مضرة مثل أن يقول والله لا أطوك حتى تسقطي صداقك عني أو دينك أو حتى تكفلي ولدي أو تهيني دارك أو حتى يبيعني أبوك داره أو نحو ذلك ، فهذا إيلاء لأن أخذه لمالها أو مال غيرها عن غير رضا صاحبه محرم فجري مجرى شرب الخمر ، وإن قال والله لا أطوك حتى أعطيك مالا أو أفعل في حقك جيلاً لم يكن إيلاء لأن فعله لذلك ليس بمحرم ولا يمتنع فجري مجرى قوله حتى أصوم يوماً .

(فصل) وإن قال والله لا وطنك إلا برضاك لم يكن مولياً لأنه يمكنه وطؤها بغير حنث ولأنه محسن في كونه ألزم نفسه اجتناب سخطها ، وعلى قياس ذلك كل حال يمكنه الوطء فيها بغير حنث ، كقوله والله لا وطنك مكرهة أو محزونة ونحو ذلك فإنه لا يكون مولياً ، وإن قال والله لا وطنك مريضة لم يكن مولياً لذلك إلا أن يكون بها مرض لا يرجى برؤه أو لا يزول في أربعة أشهر فينبغي أن يكون مولياً لأنه حالف على ترك وطنها أربعة أشهر فإن قال ذلك لها وهي صحيحة فرضت مرضاً يمكن برؤه قبل أربعة أشهر لم يصح مولياً ، وإن لم يرج برؤه فيها صار مولياً ، وكذلك إن كان الغالب أنه لا يزول في أربعة أشهر صار مولياً . لأن ذلك بمنزلة ما لا يرجى زواله ، وإنه قال والله لا وطنك حائضاً ولا نفساء ولا محرمة ولا صائمة ونحو هذا لم يكن مولياً لأن ذلك محرم ممنوع منه شرعاً فقد أكد منع نفسه منه

بيمينه ، وإن قال والله لا وطئتك ظاهراً أو لا وطئتك وطئاً مباحاً صار مولياً لأنه حالف على ترك الوطء الذى يطالب به فى الفئته فكان مولياً كما لو قال والله لا وطئتك فى قبلك ، وإن قال والله لا وطئتك ليلاً أو والله لا وطئتك نهائراً لم يكن مولياً لأن الوطء يمكن بدون الحنث ، وإن قال والله لا وطئتك فى هذه البلدة أو فى هذا البيت أو نحو ذلك من الامكنة المعينة لم يكن مولياً ، وهذا قول الثورى والأوزاعى والشافعى والنعمان وصاحبيه ، وقال ابن أبى ليلى وإسحاق هو مول لأنه حالف على ترك وطئها .

ولنا : أنه يمكن وطئها بغير حنث فلم يكن مولياً كما لو استثنى فى يمينه .

(فصل) وإن حالف على ترك وطئها عاماً ثم كفر عن يمينه انحل الإيلاء . قال الأثرم : قيل لآنى عبد الله : المولى يكفر عن يمينه قبل مضى الأربعة الأشهر ؟ قال : يذهب عنه الإيلاء ولا يوقف بعد الأربعة الأشهر وذهب الإيلاء حين ذهبت اليمين وذلك لأنه لم يبق من الوطء بيمينه ، فأشبهه من حالف واستثنى فإن كان تكفيره قبل مضى الأربعة الأشهر انحل الإيلاء حين التكفير وصار كالحالف على ترك الوطء أقل من أربعة أشهر ، وإن كفر بعد الأربعة وقبل الوقوف صار كالحالف على أكثر منها إذا مضت مدة يمينه قبل وقفه .

(فصل) فإن قال والله لا وطئتك إن شاء فلان لم يصر مولياً حتى يشاء فإذا شاء صار مولياً ، وبهذا قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى لأنه يصير ممتنعاً من الوطء حتى يشاء فلا يكون مولياً حتى يشاء ، وإن قال والله لا وطئتك إن شئت فكذلك ، وقال أصحاب الشافعى إن شاءت على الفور جواباً لكلامه صار مولياً ، وإن أخرت المشيئة انحلت يمينه لأن ذلك تخيير لها فكان على الفور كقوله اختارى فى الطلاق .

ولنا : أنه علق اليمين على المشيئة بحرف « إن » فكان على التراخى كشيئة غيرها فإن قيل : فهلا قاتم لا يكون مولياً فإنه علق ذلك بإرادتها فأشبهه ما لو قال لا وطئتك إلا برضاك ؟ قلنا : الفرق بينهما أنها إذا شاءت انعقدت يمينه مانعة من وطئها بحيث لا يمكنه بعد ذلك الوطء بغير حنث ، وإذا قال والله لا وطئتك إلا برضاك فما حلف

إلا على ترك وطئها في بعض الأحوال وهو حال سخطها فيمكنه الوطء في الحال الأخرى بغير حنث وإذا طالبت به بالقيضة فهو برضاها ، ولو قال والله لا وطئتكم حتى تشائي فهو كقوله إلا برضاك ولا يكون مولياً بذلك وإن قال والله لا وطئتكم إلا أن يشاء أبوك أو فلان لم يكن مولياً لأنه علقه بفعل منه يمكن وجوده في الأربعة أشهر إمكانا غير بعيد وليس بمحرم ولا فيه مضرة فأشبهه مالمو قال والله لا وطئتكم إلا أن تدخل الدار ، وإن قال والله لا وطئتكم إلا أن تشائي لم يكن مولياً وكان بمنزلة قوله إلا برضاك أو حتى تشائي ، وقال أبو الخطاب إن شاءت في المجلس لم يصير مولياً وإلا صار مولياً ، وقال أصحاب الشافعي إن شاءت على الفور عقيب كلامه لم يصير مولياً وإلا صار مولياً لأن المشيئة عندهم على الفور وقد فانت بتراخيها . وقال القاضي تتعقد يمينه فإن شاءت انجذبت وإلا فهي منعقدة .

ولنا : أنه منع نفسه بيمينه من وطئها إلا عند إرادتها . فأشبهه مالمو قال إلا برضاك أو حتى تشائي ولأنه علقه على وجود المشيئة أشبهه مالمو علقه على مشيئة غيرها ، فأما قول القاضي فإن أراد وجود المشيئة على الفور فهو كقولهم ، وإن أراد وجود المشيئة على التراخي تنجذ به اليمين لم يكن ذلك إيلاءاً لأن تعليق اليمين على فعل يمكن وجوده في مدة الأربعة أشهر إمكانا غير بعيد ليس بإيلاء والله أعلم .

(فصل) فإن قال والله لا وطئتكم فهو إيلاء لأنه قول يقتضي التأبيد ، وإن قال والله لا وطئتكم مدة أو ليطولن تركي لجماعك ونوى مدة تزيد على أكثر من أربعة أشهر فهو إيلاء لأن اللفظ يحتمله فأنصرف إليه بنية ، وإن نوى مدة قصيرة لم يكن إيلاءاً لذلك وإن لم ينو شيئاً لم يكن إيلاءاً لأنه يقع على القليل والكثير فلا يتعين للكثير . فإن قال والله لا وطئتكم أربعة أشهر فإذا مضت فوالله لا وطئتكم أربعة أشهر أو فإذا مضت فوالله لا وطئتكم شهرين أو لا وطئتكم شهرين فإذا مضت فوالله لا وطئتكم أربعة أشهر ففيه وجهان .

أحدهما : ليس بمول لأنه حالف بكل يمين على مدة ناقصة عن مدة الإيلاء فلم يكن مولياً كما لو لم ينو إلا مدتهما ، ولأنه يمكنه الوطء بالنسبة إلى كل يمين عقيب مدتها من غير حنث فيها فأشبهه مالمو اقتصر عليها .

والثاني : يصير مولياً لأنه منع نفسه من الوطء بيمينه أكثر من أربعة أشهر

متوالية فكان مولياً كما لو منعها يمين واحدة ، ولأنه لا يمكنه الوطء بعد المدة إلا بحنث في يمينه فأشبه ما لو حلف على ذلك يمين واحدة ولو لم يكن هذا إيلاء أفضى إلى أن يمنع من الوطء طول دهره باليمين فلا يكون مولياً وهكذا الحكم في كل مدتين متواليتين يزيد مجموعها على أربعة كثلاثة أشهر وثلاثة أو ثلاثة وشهرين لما ذكرنا من التعليلين والله أعلم

(فصل) فان قال إن وطئتك فوالله لا وطئتك لم يكن مولياً في الحال لانه لا يلزمه بالوطء حتى لا يكن إن وطئها صار مولياً لأنها تبقى يميناً تمنع الوطء على التأيد وهذا الصحيح عن الشافعي وحكى عنه قول قديم أنه يكون مولياً من الأول لانه لا يمكنه الوطء إلا بأن يصير مولياً فيأخذه بالوطء ضرر وكذلك على هذا القول إن قال وطئتك فوالله لا دخلت الدار لم يكن (١) مولياً من الأول فان وطئها انحل الإيلاء لانه لم يبق ممتعاً من وطئها يمين ولا غيرها وإنما بقي ممتعاً باليمين من دخول الدار ولنا : أن يمينه معاقبة بشرط فقها قبله ليس بخالف فلا يكون مولياً ، ولأنه يمكنه الوطء من غير حنث فلم يكن مولياً كما لو لم يقل شيئاً وكونه يصير مولياً لا يلزمه به شيء وإنما يلزمه بالحنث ولو قال والله لا وطئتك في السنة إلا مرة لم يصير مولياً في الحال لانه يمكنه الوطء متى شاء غير حنث فلم يكن ممنوعاً من الوطء بحكم يمينه فإذا وطئها وقد بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر صار مولياً ، وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي ، وظاهر مذهب المالقي في قوله القديم يسكن مولياً في الابتداء لما ذكرنا في التي قبلها وقد أجبنا عنه ، وإن قال والله لا وطئتك سنة إلا يوماً فكذلك ، وبهذا قال أبو حنيفة لأن اليوم منكر فلم يختص يوماً دون يوم ولذلك لو قال : صمت رمضان إلا يوماً لم يختص اليوم الآخر ، ولو قال لا أكلمك في السنة إلا يوماً لم يختص يوماً منها .

وفيه وجه آخر أنه يصير مولياً في الحال وهو قول زفر لأن اليوم المستثنى يكون من آخر المدة كالتأجيل ومدة الخيار ، بخلاف قوله لا وطئتك في السنة إلا مرة فإن المرة لا تختص وقتاً بعينه ، ومن نصر الأول فرق بين هذا وبين التأجيل ومدة

(١) في نسخة يكون مولياً .

الخيار من حيث إن التأجيل ومدة الخيار تجب المبالاة فيهما ولا يجوز أن يتخللها يوم لا أجل فيه ولا خيار لائمه لو جازت له المطالبة في أثناء الاجل لزم قضاء الدين فيسقط التأجيل بالسكينة ولو لزم العقد في أثناء مدة الخيار لم يعد إلى الجواز فتعين جعل اليوم المستثنى من آخر المدة بخلاف ما نحن فيه فإن جواز الوطاء في يوم من أول السنة أو أوسطها لا يمنع ثبوت حكم اليمين فيما بقي من المدة فصار ذلك كقوله لا وطئتكَ في السنة إلا مرة والله أعلم .

(فصل) فإن قال والله لا وطئتكَ عاماً ثم قال والله لا وطئتكَ عاماً فهو إيلاء واحد حلف عليه يمينين إلا أن ينوى عاماً آخر سواء ، وإن قال والله لا وطئتكَ عاماً ثم قال والله لا وطئتكَ نصف عام أو قال والله لا وطئتكَ نصف عام ثم قال والله لا وطئتكَ عاماً دخلت المدة القصيرة في الطويلة لأنها بعضها ولم يجعل إحداها بعد الأخرى . فأشبهه ماله أقر بدرهم ثم أقر بنصف درهم أو أقر بنصف درهم ثم أقر بدرهم فيكون إيلاء واحداً لهما وقت واحد وكفارة واحدة ، وإن نوى بإحدى المدينتين غير الأخرى في هذه أو في التي قبلها ، أو قال والله لا وطئتكَ عاماً ثم والله لا وطئتكَ عاماً آخر أو نصف عام آخر ، أو قال والله لا وطئتكَ عاماً فإذا مضى فوالله لا وطئتكَ عاماً فهما إيلاءان في زمانين لا يدخل حكم أحدهما في الآخر أحدهما منجز والآخر متأخر فإذا مضى حكم أحدهما بقي حكم الآخر لأنه أفرد كل واحد منهما بزمان غير زمن صاحبه فيكون له حكم يتفرد به .

فإن قال في المحرم والله لا وطئتكَ هذا العام ثم قال والله لا وطئتكَ عاماً من رجب إلى تمام اثني عشر شهراً ، أو قال في المحرم والله لا وطئتكَ عاماً ثم قال في رجب والله لا وطئتكَ عاماً فهما إيلاءان في مدينتين بعض إحداها داخل في الأخرى فإن فاء في رجب أو فيما بعده من بقية العام الأول حنث في اليمينين وتجزئه كفارة واحدة وينقطع حكم الإيلاءين ، وإن فاء قبل رجب أو بعد العام الأول حنث في إحدى اليمينين دون الأخرى ، وإن فاء في الموضعين حنث في اليمينين وعليه كفارتان

(فصل) فإن قال لأربع نسوة والله لا أقربكن أنفني ذلك على أصل وهو الحنث بفعل بعض المحلوف عليه أو لا ، فإن قلنا يحنث فهو مول منهن كاهن في الحال

لأنه لا يمكنه وطء واحدة بغير حنث فصار مانعاً لنفسه من وطء كل واحدة منهم في الحال ، فإن وطئ واحدة منهم حنث وانحلت يمينه وزال الإيلاء من البواقي ؛ وإن طلق بعضهن أو مات لم ينحل الإيلاء في البواقي .

وإن قلنا لا يحنث بفعل البعض لم يكن مولياً منهم في الحال لأنه يمكنه وطء كل واحدة منهم من غير حنث فلم يمنع نفسه بيمينه من وطئها فلم يكن مولياً منها فإن وطئ ثلاثاً صار مولياً من الرابعة لأنه لا يمكنه وطؤها من غير حنث في يمينه وإن مات بعضهن أو طلقها انحلت يمينه وزال الإيلاء لأنه لا يحنث بوطنهن وإنما يحنث بوطنه الأربع فإن راجع المطلقة أو تزوجها بعد بينوتها عاد حكم يمينه ، وذكر القاضي أنا إذا قلنا يحنث بفعل البعض فوطئ واحدة حنث ولم ينحل الإيلاء في البواقي لأن الإيلاء من امرأة لا ينحل بوطن غيرها .

ولنا : أنها يمين واحدة حنث فيها فوجب أن تنحل كسائر الأيمان ولأنه إذا وطئ واحدة حنث ولزمته الكفارة فلا يلزمه بوطن الباقيات شيء فلم يبق متمتعاً من وطنهن بحكم يمينه فانحل الإيلاء كما لو كفرها ، واختلاف أصحاب الشافعي فقال بعضهم : لا يكون مولياً منهم حتى يطأ ثلاثاً فيصير مولياً من الرابعة ، وحكى المزني عن الشافعي أنه يكون مولياً منهم كلهن يوقف لكل واحدة منهم فإذا أصاب بعضهن خرجت من حكم الإيلاء ، ويوقف لمن بقي حتى ينفي أو يطلق ، ولا يحنث حتى يطأ الأربع ، وقال أصحاب الرأي : يكون مولياً منهم كلهن فإن تركهن أربعة أشهر بن منه جميعاً بالإيلاء ، وإن وطئ بعضهن سقط الإيلاء في حقها ولا يحنث إلا بوطنهن جميعاً . ولنا : أن من لا يحنث بوطنها لا يكون مولياً منها كالتى يخلف عليها .

(فصل) فإن قال والله لا وطئت واحدة منكن ونوى واحدة بعينها تعلقت

يمينه بها وحدها وصار مولياً منها دون غيرها ، وإن نوى واحدة مبهمه منهم لم يصير مولياً منهم في الحال فإذا وطئ ثلاثاً كان مولياً من الرابعة ويحتمل أن تخرج المولى منها بالقرعة كالطلاق إذا أوقعه في مبهمه من نسائه ، وإن أطلق صار مولياً منهم كلهن في الحال لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهم إلا بالحنث فإن طلق واحدة منهم أو ماتت كان مولياً من البواقي ، وإن وطئ واحدة منهم حنث وانحلت يمينه

وسقط حكم الإيلاء في الباقيات لأنها يمين واحدة فإذا حنث فيها مرة لم يحنث مرة ثانية ولا يبقى حكم اليمين بعد حنثه فيها بخلاف ما إذا طلق واحدة أو ماتت فإنه لم يحنث ثم بقي حكم يمينه فيمن بقي منهن ، وهذا مذهب الشافعي ، وذكر القاضي أنه إذا أطلق كان الإيلاء في واحدة غير معينة وهو اختيار بعض أصحاب الشافعي لأن لفظه تناول واحدة منكرة فلا يقتضي العموم .

ولنا : أن النكرة في سياق النفي تعم كقوله (ولم يتخذ صاحبة) وقوله (ولم يكن له كفواً أحد) وقوله (ومن لم يجعل الله له نوراً فما له من نور) ولو قال إنسان والله لا شربت ماء من إداوة حنث بالشرب من أى إداوة كانت فيجب حمل اللفظ عند الإطلاق على مقتضاه في العموم ، وإن قال نويت واحدة معينة أو واحدة مبهمة قبل منه لأن اللفظ يحتمله احتمالاً غير بعيد . وهذا مذهب الشافعي إلا أنه إذا أبهم المحلوف عليها فله أن يعينها بقوله . وأصل هذا مذكور في الطلاق .

(فصل) فإن قال والله لا وطئت كل واحدة منكن صار مولياً منهن كلهن في الحال ولا يقبل قوله نويت واحدة منهن معينة ولا مبهمة لأن لفظة وكل ، أزال احتمال الخصوص ، ومتى حنث في البعض انحل الإيلاء في الجميع كالتى قبلها ، وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي لا تنحل في الباقيات .

ولنا : أنها يمين واحدة حنث فيها فسقط حكمها كما لو حلف على واحدة ، ولأن اليمين الواحدة إذا حنث فيها مرة لم يمكن الحنث فيها مرة أخرى فلم يبق امتناعاً من وطء الباقيات بحكم اليمين فلم يبق الإيلاء كسائر الأيمان التى حنث فيها ، وفي هذه المواضع التى قلنا بكونه مولياً منهن كلهن إذا طالبن كلهن بالقيشة وقف لهن كلهن وإن طالبن في أوقات مختلفة ففيه روايتان .

إحداهما : يوقف للجميع وقت مطالبة أولاهن قال القاضي وهو ظاهر كلام أحمد .

والثانية : يوقف لكل واحدة منهن عند مطالبتها اختاره أبو بكر وهو مذهب الشافعي ، فإذا وقف للأولى وطلقها ووقف للثانية فإن طلقها وقف للثالثة فإن طلقها

وقف للرابعة ، وكذلك من مات منهم لم يمنع من وقفه للأخرى لأن يمينه لم تدخل وإيلاؤه باق لعدم حنثه فيهن ، وإن وطئ إحداهن حين وقف لها أو قبله انحلت يمينه وسقط حكم الإيلاء في الباقيات على ما قلناه ، وعلى قول القاضى ومن وافقه يوقف للباقيات كما لو طلق التي وقف لها .

(فصل) فإن قال كلما وطئت واحدة منهن فضرائها طواق فإن قلنا ليس هذا بإيلاء فلا كلام وإن قلنا هو إيلاء فهو مول منهم جميعا لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهم إلا بطلاق ضرائها فيوقف لمن فإن فاء إلى واحدة طلق ضرائها فإن كان الطلاق بائنا انحل الإيلاء لأنه لم يبق ممنوعا من وطئها بحكم يمينه ، وإن كان رجعيا فراجعهن بقي حكم الإيلاء في حقهن لأنه لا يمكنه وطء واحدة إلا بطلاق ضرائها ، وكذلك إن راجع بعضهن لذلك إلا أن المدة تستأنف من حين الرجعة ، ولو كان الطلاق بائنا فعاد فتزوجهن أو تزوج بعضهن عاد حكم الإيلاء واستأنفت المدة من حين النكاح ، وسواء تزوجهن في العدة أو بعدها أو بعد زوج آخر وإصابة لما سذكروه فيما بعد ، وإن قال نويت واحدة بيمينها قبل منه وتعلقت يمينه بها فإذا وطئها طلق ضرائها وإن وطئ غيرها لم يطلق منهم شيء . يكون موليا من المعينة دون غيرها لأنها التي يلزمه بوطئها الطلاق دون غيرها .

(فصل) الشرط الثالث أن يحلف على ترك الوطء في الفرج ، ولو قال والله لا وطئتكم في الدبر لم يكن موليا لأنه لم يترك الوطء الواجب عليه ولا تتضرر المرأة بتركه وإنما هو وطء محرم وقد أكد منع نفسه منه بيمينه ، وإن قال والله لا وطئتكم دون الفرج لم يكن موليا لأنه لم يحلف على الوطء الذى يطالب به في الفية ولا ضرر على المرأة في تركه ، وإن قال والله لا جامعتكم إلا جماع سوء سئل عما أراد فإن قال أردت الجماع في الدبر فهو مول لأنه حلف على ترك الوطء في الفرج وكذلك إن قال أردت أن لا أطأها إلا دون الفرج ، وإن قال أردت جماعا ضعيفا لا يزيد على التقاء الختانين لم يكن موليا لأنه يمكنه الوطء الواجب عليه في الفية بغير حنث وإن قال أردت وطئا لا يبلغ التقاء الختانين فهو مول لأنه لا يمكنه الوطء الواجب عليه في الفية بغير حنث وإن لم تكن له نية فليس بمول لأنه محتمل فلا يتعين ما يكون به موليا ، وإن قال

والله لا جامعتك جماع سوء لم يكن موليا بحال لأنه لم يحلف على ترك الوطء إنما حلف على ترك صفته المكروهة .

(فصل) الشرط الرابع أن يكون المحلوف عليها امرأه لقول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) ولأن غير الزوجة لا حق لها في وطئه فلا يكون موليا منها كالأجنبية فإن حلف على ترك وطء أمته لم يكن موليا لما ذكرنا وإن حلف على ترك وطء أجنبية ثم نكحها لم يكن مولياً لذلك ، وبه قال الشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال مالك يصير موليا إذا بقي من مدة يمينه أكثر من أربعة أشهر لأنه تمتنع من وطء امرأته بحكم يمينه مدة الإيلاء فكان مولياً كما لو حلف في الزوجية ، وحكى عن أصحاب الرأي أنه إن مرت به امرأة فحلفت أن لا يقربها ثم تزوجها لم يكن موليا ، وإن قال إن تزوجت فلانة فوالله لا قربتها صار موليا لأنه أضاف اليمين إلى حال الزوجية فأشبه ما لو حلف بعد تزويجها .

ولنا : قول الله تعالى (الذين يؤلون من نسائهم) وهذه ليست من نسائه ولأن الإيلاء حكم من أحكام النكاح فلم يتقدمه كالطلاق والقسم ولأن المدة تضرب له لقصد الإضرار بها بيمينه وإذا كانت اليمين قبل النكاح لم يكن قاصداً للإضرار فأشبه الممتنع بغير يمين ، قال الشريف أبو جعفر وقد قال أحمد يصح الظهار قبل النكاح لأنه يمين فعلي هذا التعليل يصح الإيلاء قبل النكاح . والمنصوص أنه لا يصح لما ذكرناه .

(فصل) فإن آلى من الرجعية صح إيلاءه : وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وذكر ابن حامد أن فيه رواية أخرى أنه لا يصح إيلاءه لأن الطلاق يقطع مدة الإيلاء إذا طرأ فلان يمتنع صحته ابتداء أولى .

ولنا : أنها زوجة يلحقها طلاقه فصح إيلاءه منها كغير المطلقة ، وإذا آلى منها احتسب بالمدة من حين آلى وإن كانت في العدة ، ذكره ابن حامد وهو قول أبي حنيفة ويحییى على قول الخرقى أن لا يحتسب عليه بالمدة إلا من حين راجعها لأن ظاهر كلامه أن الرجعية محرمة . وهذا مذهب الشافعي لأنها معتدة منه فأشبهت البائن ، ولأن الطلاق

إذا طرأ قطع المدة ثم لا يحتسب عليه بشيء من المدة قبل رجعتها فأولى أن لا يستأنف المدة في العدة .

ووجه الأول : أن من صح إيلأؤه احتسب عليه بالمدة من حين إيلأئه كما لو لم تكن مطلقة ولأنها مباحة فاحتسب عليه بالمدة فيها كما لو لم يطلقها ، وفارق البائن فإنها ليست زوجة ولا يصح الإيلأء منها بحال فهي كسائر الأجنيات .

(فصل) ويصح الإيلأء من كل زوجة مسلمة كانت أو ذمية حرة كانت أو أمة لعموم قوله سبحانه (للذين يؤولون من نسائهم تربص أربعة أشهر) ولأن كل واحدة منهن زوجة فصح الإيلأء منها كالحرّة المسلمة ويصح الإيلأء قبل الدخول وبعده . وبهذا قال النخعي ومالك والأوزاعي والشافعي وقال عطاء والزهرى والثوري إنما يصح الإيلأء بعد الدخول .

ولنا : عموم الآية والمعنى لأنه تمتنع من جماع زوجته يمينه فأشبه ما بعد الدخول ، ويصح الإيلأء من المجنونة والصغيرة إلا أنه لا يطالب بالفيئة في الصغر والمجنون لأنها ليس من أهل المطالبة ، فأما الرققاء والقرناء فلا يصح الإيلأء منهما لأن الوطء متعذر دائماً فلم تنعقد اليمين على تركه كما لو حلفت لا يصعد السماء ، ويحتمل أن يصح وتضرب له المدة لأن المنع بسبب من جهتها فهي كالمریضة ، فعلى هذا ينبغي أن ينفى فيئة المعذور لأن الفيئة بالوطء في حقها متعذرة فلا يمكن المطالبة به فأشبهه المجبوب .

(فصل) ويصح الإيلأء من كل زوج مكلف قادر على الوطء وأما الصبي والمجنون فلا يصح إيلأؤهما لأن القلم مرفوع عنهما ولأنه قول تجب بمخالفته كفارة أو حق فلم ينعقد منهما كالنذر ، وأما العاجز عن الوطء فإن كان لعارض مرجو زواله كالمرض والحبس صح إيلأؤه لأنه يقدر على الوطء فصح منه الإمتناع منه وإن كان غير مرجو الزوال كالجب والشلل لم يصح إيلأؤه لأنها يمين على ترك مستحيل ، فلم تنعقد كالو حلف أن لا يقلب الحجارة ذهباً ولأن الإيلأء اليمين المانعة من الوطء وهذا لا يمنعه يمينه فإنه متعذر منه ولا تضر المرأة يمينه .

قال أبو الخطاب ويحتمل أن يصح الإيلأء منه قياساً على العاجز بمرض أو حبس

والشافعي في ذلك قولان والاول اولى لما ذكرنا ، فأما الخصي الذي سلت ييضته
أو رضت فيمكن منه الوطء وينزل ماء رقيقا فيصح إيلآؤه وكذلك المـجبـوب الذي بقـى
من ذكره ما يمكن الجماع به .

(فصل) ويصح إيلآء الذمي ويلزمه ما يلزم المسلم إذا تقاضوا إلينا وبهذا قال
أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وإن أسلم لم ينقطع حكم إيلآئه ، وقال مالك : إن أسلم
سقط حكم يمينه ، وقال أبو يوسف ومحمد إن حلف بالله لم يكن موليا لأنه لا يحنت
إذا جامع لكونه غير مكلف ، وإن كانت يمينه بطلاق أو عتاق فهو مول لأنه يصح
عتقه وطلاقه .

ولنا : قول الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) ولأنه مانع
نفسه بيمين من جماعها فكان موليا كالمسلم ولأن من صح طلاقه صح إيلآؤه كالمسلم ،
ومن صح يمينه عند الحاكم صح إيلآؤه كالمسلم .

(فصل) ولا يشترط في الإيلآء الغضب ولا قصد الإضرار روى ذلك عن
ابن مسعود وبه قال الثوري والشافعي وأهل العراق وابن المنذر . وروى عن علي
رضي الله عنه ليس في إصلاح إيلآء ، وعن ابن عباس قال : إنما الإيلآء في الغضب
ونحو ذلك عن الحسن والنخعي وقتادة . وقال مالك والاوزاعي وأبو عبيد من حلف
لا يطاء زوجته حتى تفطم ولده لا يكون إيلآء إذا أراد الإصلاح ولده .

ولنا : عموم الآية ولأنه مانع نفسه من جماعها بيمينه فكان موليا كحال الغضب
يحققه : أن حكم الإيلآء يثبت لحق الزوجة فيجب أن يثبت سواء قصد الإضرار
أو لم يقصد كاستيفاء ديونها وإتلاف مالها ولأن الطلاق والظهار وسائر الايمان سواء
في الغضب والرضى فكذلك الإيلآء ولأن حكم اليمين في الكفارة وغيرها سواء
في الغضب والرضا فكذلك في الإيلآء ، وأما إذا حلف أن لا يطاءها حتى تفطم ولده
فإن أراد وقت الفطام وكانت مدته تزيد على أربعة أشهر فهو مؤل ، وإن أراد فعل
الفطام لم يكن موليا لأنه يمكن قبل الأربعة الأشهر وليس بمحرم ولا فيه تفويت حق
لها فلم يكن موليا كما لو حلف لا يطؤها حتى تدخل الدار .

(فصل) في الالفاظ التي يكون بها موليا وهي ثلاثة أقسام :

أحدها : ما هو صريح في الحكم والباطن جميعاً وهو ثلاثة ألفاظ قوله : والله لا آتيتك ولا أدخل ولا أغيب أو أوج ذكري في فرجك ولا اقتضضتكم للبكر خاصة فهذه صريحة ولا يدين فيها لأنها لا تحتل غير الإيلاء .

القسم الثاني : صريح في الحكم ويدين فيها بينه وبين الله تعالى وهي عشرة ألفاظ : لا وطئتكم ولا جامعتمكم ولا أصبتكم ولا باشرتكم ولا مستتكم ولا قربتكم ولا آتيتكم ولا باضعتكم ولا باعلتكم ولا اغتسلت منك فهذه صريحة في الحكم لأنها تستعمل في العرف في الوطء ، وقد ورد القرآن ببعضها فقال الله سبحانه (ولا تقربوهن حتى يطهرن فإذا تطهرن فأنهوهن) وقال (ولا تبأشروهن وأنتم عاكفون في المساجد وقال تعالى : (من قبل أن تمسوهن) .

وأما الجماع والوطء فهما أشهر الالفاظ في الاستعمال فلو قال أردت بالوطء الوطء بالقدم وبالجماع اجتماع الأجسام ، وبالإصابة الإصابة باليد دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يقبل في الحكم لأنه خلاف الظاهر والعرف . وقد اختلف قول الشافعي فيما عدا الوطء والجماع ، من هذه الالفاظ فقال في موضع ليس بصريح في الحكم لأنه حقيقة في غير الجماع ، وقال في : لا باضعتك ليس بصريح لأنه يحتمل أن يكون من التقاء البضعتين البضعة من البدن بالبضعة منه فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : فاطمة بضعة مني ، .

ولنا : أنه مستعمل في الوطء عرفاً وقد ورد به القرآن والسنة فكان صريحاً كلفظ الوطء والجماع وكونه حقيقة في غير الجماع يبطل بلفظة الوطء والجماع وكذلك قوله فارقك وسرحتك في الالفاظ الطلاق فإنهم قالوا هي صريحة في الطلاق مع كونها حقيقة في غيره ، وأما قوله باضعتك فهو مشتق من البضع ولا يستعمل هذا اللفظ في غير الوطء فهو أولى أن يكون صريحاً من سائر الالفاظ لأنها تستعمل في غيره وبهذا قال أبو حنيفة .

القسم الثالث : ما لا يكون إيلاء إلا بالنية وهو ما عدا هذه الالفاظ مما يحتمل الجماع كقوله والله لا يجمع رأسي ورأسك شيء لا ساقف رأسي رأسك لا سوءك

لا غيظنك لتطولن غيبتى عنك لا مس جلدى جلدك لا قربت فراشك لا آويت
معك لانت عندك فهذه إن أراد بها الجماع واعترف بذلك كان موليا وإلا فلا لأن
هذه الالفاظ ليست ظاهرة في الجماع كظهور التي قبلها ولم يرد النص باستعمالها فيه
إلا أن هذه الالفاظ منقسمة إلى ما يفتقر فيه إلى نية الجماع والمدة معا وهي قوله
لا سوانك ولا غيظنك وتطولن غيبتى عنك فلا يكون موليا حتى ينوى ترك الجماع
في مدة تزيد على أربعة أشهر لأن غيظها يكون بترك الجماع فيما دون ذلك وفي سائر
هذه الالفاظ يكون موليا بنية الجماع فقط ، وإن قال والله ليطولن تركي لجماعك
أو لو طئتك أو لاصابتك فهذا صريح في ترك الجماع وتعتبر نية المدة دون نية الوطء
لأنه صريح فيه ، وإن قال والله لا جامعتك إلا جماعاً ضعيفاً لم يكن موليا إلا أن
ينوى جماعاً لا يبلغ التقاء الختانين ، وإن قال والله لا أدخلت جميع ذكرى في فرجك
لم يكن موليا لأن الوطء الذي يحصل به الفيئة يحصل بدون إيلاج جميع الذكر ،
وإن قال والله لا أولجت حشفتي في فرجك كان موليا لأن الفيئة لا تحصل
بدون ذلك .

(فصل) وإن قال لاحدى زوجتي والله لا وطئتك ثم قال للآخرى أشركتك
معهما لم يصير موليا من الثانية لأن اليمين بالله لا يصح إلا بلفظ صريح من اسم أو صفة
والتشريك بينهما كناية فلم تصح به اليمين وقال القاضى يكون موليا منهما وإن قال
إن وطئتك فأنت طالق ثم قال للآخرى أشركتك معها ونرى فقد صار طلاق الثانية
معلقاً على وطئها أيضاً لأن الطلاق يصح بالكناية فإن قلنا إن ذلك إيلاء في الأولى صار
إيلاء في الثانية لأنها صارت في معناها وإلا فليس بإيلاء في واحدة منهما ، وكذلك لو
آلى رجل من زوجته فقال آخر لامرأته أنت مثل فلانة لم يكن موليا ، وقال
أصحاب الرأي هو مول .

ولنا : أنه ليس بصريح في القسم فلا يكون موليا به كما لو لم يشبهها بها .

(فصل) ويصح الإيلاء بكل لغة من العجمية وغيرهما من يحسن العربية ومن
لا يحسنها لأن اليمين تنعقد بغير العربية وتجب بها الكفارة ، والمولى هو الخائف

بالله على ترك وطء زوجته الممتنع من ذلك يمينه فإن آلى بالعجمية من لا يحسنها وهو لا يدرى معناها لم يكن موليا ، وإن نوى موجهها عند أهلها ، وكذلك الحكم إذا آلى بالعربية من لا يحسنها لأنه لا يصح منه قصد الإيلاء بلفظ لا يدرى معناه فإن اختلف الزوجان في معرفته بذلك فالقول قوله إذا كان متكلما بغير لسانه لأن الأصل عدم معرفته بها . فاما أن آلى العربي بالعربية ثم قال جرى على لساني من غير قصد أو قال ذلك العجمي في إيلائه بالعجمية لم يقبل في الحكم لأنه خلاف الظاهر .

(فصل) ومدة الإيلاء في حق الأحرار والعبيد والمسلمين وأهل الذمة سواء . ولا فرق بين الحرية والأمة والمسلمة والذمية والصغيرة والكبيرة في ظاهر المذهب وهو قول الشافعي وابن المنذر ، وعن أحمد رواية أخرى أن مدة إيلاء العبيد شهران وهو اختيار أبي بكر ، وقول عطاء والزهرى ومالك وإسحاق لأنهم على النصف في الطلاق وعدد المنكوحات فكذلك في مدة الإيلاء وقال الحسن والشعبي إيلاءه من الأمة شهران ومن الحرية أربعة وقال الشعبي إيلاء الأمة نصف إيلاء الحرية ، وهذا قول أبي حنيفة لأن ذلك تتعلق به البينة عنده واختلف بالرق والحرية كالطلاق ولأنها مدة يثبت ابتداؤها بقول الزوج فوجب أن يختلف برق المرأة وحريتها كدة العدة .

ولنا : عموم الآية ولأنها مدة ضربت للوطء فاستوى فيها الرق والحرية كدة العنة ، ولا نسلم أن البينة تتعلق بها ، ثم يبطل ذلك بمدة العنة ويخالف مدة العدة لأن العدة مبنية على الكمال بدليل أن الاستبراء يحصل بقرء واحد ، وأما مدة الإيلاء فإن الاستمتاع بالحرية أكثر وكان ينبغي أن تتقدم مطالبتها مطالبة الأمة والحق على الحر في الاستمتاع أكثر منه على العبد فلا تجوز الزيادة في مطالبة العبد عليه .

« مسألة ، قال : (فإذا مضت أربعة أشهر ورافعته أمر بالقيئة والقيئة الجماع) وجلة ذلك : أن المولى يتربص بأربعة أشهر كما أمر الله تعالى ولا يطالب فيهن فإذا مضت أربعة أشهر ورافعته امرأته إلى الحاكم وقفه وأمره بالقيئة فإن أبي أمره

بالطلاق ولا تطلق زوجته بنفس مضي المدة قال أحمد في الإيلاء يوقف عن الأكبر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم . عن عمر شيء يدل على ذلك ، وعن عثمان وعلى وجعل يثبت حديث علي وبه قال ابن عمر وعائشة ، وروى ذلك عن أبي الدرداء وقال سليمان بن يسار : كان تسعة عشر رجلاً من أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم يوقفون في الإيلاء ، وقال سهيل بن أبي صالح : سألت اثني عشر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فكلمهم يقول : ليس عليه شيء حتى يمضي أربعة أشهر فيوقف فإن فاء وإلا طلق ، وبهذا قال سعيد بن المسيب وعروة ومجاهد وطاوس ومالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر ، وقال ابن مسعود وابن عباس وعكرمة وجابر بن زيد وعطاء والحسن ومسروق وقبيصة والنخعي والأوزاعي ، وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي : إذا مضت أربعة أشهر فهي تطلقة بآئنة ، وروى ذلك عن عثمان وعلى وزيد وابن عمر وروى عن أبي بكر بن عبد الرحمن ومكحول والزهرى تطلقة رجعية ، ويحكى عن ابن مسعود أنه كان يقرأ (فإن فاءوا - فيهن - فإن الله غفور رحيم) ولأن هذه مدة ضربت لاستدعاء الفعل منه فكان ذلك في المدة كده العنة .

ولنا : قول الله تعالى : (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم) وظاهر ذلك أن الفية بعد أربعة أشهر لذكره الفية بعدها بالفاء المقتضية للتعقيب ثم قال : (وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم) ولو وقع بمضي المدة لم يحتج إلى عزم عليه وقوله : (سميع عليم) يقتضي أن الطلاق مسموع ولا يكون المسموع إلا كلاماً ، ولأنها مدة ضربت له تأجيلاً فلم يستحق المطالبة فيها كسائر الآجال ، ولأن هذه مدة لم يتقدمها إيقاع فلا يتقدمها وقوع كده العنة ومدة العنة حجة لنا فإن الطلاق لا يقع إلا بمضيها (١) ولأن مدة العنة ضربت له ليختبر فيها ويعرف عجزه عن الوطء بتركه في مدتها وهذه ضربت تأخيراً له وتأجيلاً ولا يستحق المطالبة إلا بعد مضي الأجل كالدين .

(١) في نسخة : لا يقع بمضيها .

(فصل) وابتداء المدة من حين اليمين ولا يفتقر إلى ضرب مدة لانها ثبتت بالنص والإجماع فلم تقتصر إلى ضرب كدة العنة ولا يطالب بالوطء فيها لما ذكرنا فإن وطئها فيها فقد عجلها حقها قبل محله وخرج من الإيلاء كمن عليه دين دفعه قبل الأجل ، وهكذا إن وطئ بعد المدة قبل المطالبة أو بعدها خرج من الإيلاء ، وسواء وطئها وهي عاقلة أو مجنونة أو يقظانة أو نائمة لأنه فعل ما حلف عليه فإن وطئها وهو مجنون لم يحنت ذكره ابن حامد وهو قول الشعبي .

وقال أبو بكر يحنت وعليه الكفارة لأنه فعل ما حلف عليه . والاول أصح لأنه غير مكلف والقلم عنه مرفوع ، ويخرج بوطئه عن الإيلاء لأنه قد وفاها حقها وحصل منه في حقها ما يحصل من العاقل ، وإنما تسقط الكفارة عنه لرفع القلم عنه ، ذكر هذا ابن حامد وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وذكر القاضي ما يدل على أنه يبقى موليا فانه قال إذا وطئ بعد إفاقة تجب عليه الكفارة لأن وطأه الاول ما حنت به ، وإذا بقيت يمينه بقي الإيلاء كما لو لم يوطأ وهذا قول المزني .

وينبغي أن يستأنف له مدة الإيلاء من حين وطئ لأنه لا ينبغي أن يطالب بالفيئة مع وجودها منه ولا يطلق عليه لاتفائها وهي موجودة ولو كان تضرب له مدة ابقاء حكم يمينه . وقيل تضرب له المدة إذا عقل لأنه حينئذ يمنع من الوطء بحكم يمينه ، ومن قال بالاول قال قد وفاها حقها فلم يبق الإيلاء كما لو حنت ولا يمتنع انتفاء الإيلاء مع اليمين كما لو حلف لا يوطأ أجنبية ثم تزوجها .

(فصل) وإن وطئ العاقل ناسياً ليمينه فهل يحنت ؟ على روايتين ، فإن قلنا يحنت انحل لإيلاؤه وذهبت يمينه . وإن قلنا : لا يحنت فهل ينحل لإيلاؤه ؟ على وجهين قياساً على المجنون ، وكذلك يخرج فيما إذا آلى من إحدى زوجتيه ثم وجدها على فراشه فظنهما الأخرى فوطئها لأنه جاهل بها والجاهل كالناسي في الحنت وكذلك إن ظنهما أجنبية فبانت زوجته .

وإن استدخلت ذكره وهو نائم لم يحنت لأنه لم يفعل ما حلف عليه ولأن القلم مرفوع عنه ، وهل يخرج من حكم الإيلاء ؟ يحتمل وجهين . أحدهما يخرج لأن

المرأة وصلت إلى حقها فأشبهه مالو وطىء . والثاني : لا يخرج من حكم الإيلاء لأنه ما وافاها حقها وهو باق على الامتناع من الوطء بحكم اليمين ، فكان موليا كما لو لم يفعل به ذلك ، والحكم فيها إذا وطىء وهو نائم كذلك لأنه لا يحنث به .

(فصل) وإن وطئها وطئاً محرماً مثل أن وطئها حائضاً أو نفساء أو محرمة أو صائمة صوم فرض أو كان محرماً أو صائماً أو مظاهراً حنث وخروج من الإيلاء وهذا مذهب الشافعي . وقال أبو بكر قياس المذهب أن لا يخرج من الإيلاء لأنه وطئ لا يؤمر به في الفيتة فلم يخرج به من الإيلاء كالوطء في الدبر ، ولا يصح هذا لأن يمينه انحلت ولم يبق ممتنعاً من الوطء بحكم اليمين فلم يبق الإيلاء كما لو كفر يمينه أو كما لو وطئها مريضة .

وقد نص أحمد فيمن حلف ثم كفر يمينه أنه لا يبقى موليا لعدم حكم اليمين مع أنه ما وافاها حقها : فلأن يزول بزوال اليمين بحنثه فيها أولى . وقد ذكر القاضي في المحرم والمظاهر أنهما إذا وطئا فقد وفيهاها حقها . وفارق الوطء في الدبر فإنه لا يحنث به وليس بمحل للوطء بخلاف مسألتنا .

(فصل) وإذا آلى منها وثم عذر يمنع الوطء من جهة الزوج كمرضه أو حبسه أو إحرامه أو صيامه حسبت عليه المدة من حين إيلائه لأن المانع من جهته وقد وجد التمكن الذي عليها ولذلك لو أمكنته من نفسها وكان ممتعاً لعذر وجبت لها النفقة وإن طرأ شيء من هذه الأعذار بعد الإيلاء أو جنن لم تنقطع المدة للمعنى الذي ذكرناه ، وإن كان المانع من جهتها نظرنا فإن كان حيضاً لم يمنع ضرب المدة لأنه لو منع لم يمكن ضرب المدة لأن الحيض في الغالب لا يخلو منه شهر فيؤدي ذلك إلى إسقاط حكم الإيلاء وإن طرأ الحيض لم يقطع المدة لما ذكرنا وفي النفاس وجهان . أحدهما : هو كالحيض لأن أحكامه أحكام الحيض . والثاني : هو كسائر الأعذار التي من جهتها لأنه نادر غير معتاد فأشبهه سائر الأعذار ، وأما سائر الأعذار التي من جهتها كصغرها ومرضها وحبسها وإحرامها وصيامها واعتكافها المفروضين ونشوزها وغيبتها فمتي وجد منها شيء حال الإيلاء لم تضرب له المدة حتى يزول لأن

المدة تضرب لامتناعه من وطئها والمنع هنا من قبلها ، وإن وجد شيء من هذه الأسباب استؤنفت المدة ولم يبن على ما مضى لأن قوله سبحانه (تربص أربعة أشهر) يقتضى متوالية فإذا قطعها وجب استئنافها كمدة الشهرين فى صوم الكفارة ، وإن حنث وهربت من يده انقطعت المدة وإن بقيت فى يده وأمكنه وطؤها احتسب عليه بها .

فإن قيل : فهذه الأسباب منها مالا صنع لها فيه فلا ينبغي أن تقطع المدة كالحيض ، قلنا : إذا كان المنع لمعنى فيها فلا فرق بين كونه بفعلها أو بغير فعلها ، كما أن البائع إذا تعذر عليه تسليم المعقود عليه لم يتوجه له المطالبة بعوضه سواء كان لعذر أو غير عذر ، وإن آلى فى الردة لم تضرب له المدة إلا من حين رجوع المرتد منهما إلى الإسلام ، وإن طرأت الردة فى أثناء المدة انقطعت لأن النكاح قد تشعث وحرم الوطء فإذا عاد إلى الإسلام استؤنفت المدة سواء كانت الردة منهما أو من أحدهما ، وكذلك إن أسلم أحد الزوجين الكافرين أو خالعهما ثم تزوجها والله أعلم .

(فصل) وإذا انقضت المدة فلها المطالبة بالقيمة إن لم يكن عذر فإن طالبت فطلب الإمهال فإن لم يكن له عذر لم يمهل لأنه حق توجه عليه لا عذر له فيه فلم يمهل به كالدين الحال ولأن الله تعالى جعل المدة أربعة أشهر فلا تجوز الزيادة عليها بغير عذر وإنما يؤخر قدر ما يتمكن من الجماع فى حكم العادة فإنه لا يلزمه الوطء فى مجلسه وليس ذلك بإمهال ، فإن قال أمهلونى حتى آكل فأنى جائع أو ينهضم الطعام فأنى كظيظ أو أصلى الفرض أو أفطر من صومى أمهل بقدر ذلك فانه يعتبر أن يصير إلى حال يجامع فى مثلها فى العادة وكذلك يمهل حتى يرجع إلى بيته لأن العادة فعل ذلك فى بيته ، وإن كان لها عذر يمنع من وطئها لم يكن لها المطالبة بالقيمة لأن الوطء ممتنع من جهتها فلم يكن لها مطالبة بما يمنعه منه ولأن المطالبة مع الاستحقاق وهى لا تستحق الوطء فى هذه الأحوال وليس لها المطالبة بالطلاق لأنه إنما يستحق عند امتناعه من القيمة الواجبه ولم يجب عليه شيء ولكن تأخر المطالبة إلى حال زوال العذر ، إن لم يكن العذر قاطعاً للمدة كالحيض أو كان العذر حدث بعد انقضاء المدة .

(فصل) فان عفت عن المطالبة بعد وجوبها فقال بعض أصحابنا : يسقط حقها وليس لها المطالبة بعده . وقال القاضي هذا قياس المذهب لأنها رضيت بإسقاط حقها من الفسخ لعدم الوطء فسقط حقها منه كامرأة العنين إذا رضيت بعنته ، ويحتمل أن لا يسقط حقها ولها المطالبة متى شئت . وهذا مذهب الشافعي لأنها تثبت لرفع الضرر بترك ما يتجدد مع الأحوال فكان لها الرجوع كما لو أعسر بالنفقة فعفت عن المطالبة بالفسخ ثم طالبت ، وفارق الفسخ للغة فانه فسخ لعيبه فتى رضيت بالعيب سقط حقها كما لو عفا المشتري عن عيب المبيع ، وإن سكنت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك لأن حقها يثبت على التراخي فلم يسقط بتأخير المطالبة كاستحقاق النفقة .

(فصل) والامة كالحرّة في استحقاق المطالبة سواء عفا السيد عن ذلك أو لم يعرف ، لأن الحق لها حيث كان الاستمتاع يحصل لها ، فان تركت المطالبة لم يكن لمولايها الطلب لانه لاحق له ، فان قيل : حقه في الولد ولهذا لم يحز العزل عنها إلا باذنه ، قلنا : لا يستحق على الزوج استيلاد المرأة ولذلك لو حلف ليعزلان عنها أو لا يستولدهما لم يمكن مولى ، ولو أن المولى وطئ بحيث يوجد التقاء الختانين حصلت الفية وزالت عنه المطالبة وإن لم ينزل ، وإنما استؤذن السيد في العزل لانه يضر بالامة فربما نقص قيمتها .

(فصل) فان كانت المرأة صغيرة أو مجنونة فليس لها المطالبة لأن قولها غير معتبر وليس لوليها المطالبة لالان هذا طريقه الشهوة فلا يقوم غيرهما مقامهما فيه ، فان كانتا من لا يمكن وطؤهما لم يحتسب عليه بالمدة لأن المنع من جهتهما ، وإن كان وطؤهما ممكنا فان أفاقت المجنونة أو بلغت الصغيرة قبل انقضاء المدة تمت المدة ثم لها المطالبة ، وإن كان ذلك بعد انقضاء المدة فلهما المطالبة يومئذ لأن الحق لها ثابت وإنما تأخر لعدم إمكان المطالبة ، وقال الشافعي لا تضرب المدة في الصغيرة حتى تبلغ وقال أبو حنيفة تضرب المدة سواء أمكن الوطء أو لم يمكن الوطء فان لم يمكن فاء بلسانه وإلا بانته بانقضاء المدة وكذلك الحكم عنده في الناشز والرتقاء والقرناء والتي غابت في المدة لأن هذا إيلاء صحيح فوجب أن تتبعه المدة كالتى يمكنه جماعها .

ولنا : أن حقها من الوطء يسقط بتعذر جماعها فوجب أن تسقط المدة المضروبة له كما يسقط أجل الدين بسقوطه ، وأما التي أمكنه جماعها فتضرب له المدة في حقها لأنه لإيلاء صحيح ممن يمكنه جماعها فتضرب له المدة كالبالغة ، ومتى قصد الإضرار بها بترك الوطء أثم ويستحب أن يقال له أتق الله فيما أن تنهى وإما أن تطلق فإن الله تعالى قال (وعاشروهن بالمعروف) وقال تعالى (فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان) وليس الإضرار من المعاشرة بالمعروف .

• مسألة ، قال (والفيئة الجماع)

ليس في هذا اختلاف بحمد الله . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن النية الجماع ، كذلك قال ابن عباس ، وروى ذلك عن علي وابن مسعود . وبه قال مسروق وعطاء والشعبي والنخعي وسعيد بن جبير والثوري والأوزاعي والشافعي وأبو عبيدة وأصحاب الرأي إذا لم يكن عذر وأصل النية الرجوع ولذلك يسمى الظل بعد الزوال فيئا لأنه رجع من المغرب إلى المشرق فسمى الجماع من المولى فيئة لأنه رجع إلى فعل ما تركه ، وأدنى الوطء الذي تحصل به الفيئة أن تغيب الحشفة في الفرج ، فإن أحكام الوطء تتعاق به ، ولو وطئ دون الفرج أو في الدبر لم يكن فيئة لأنه ليس بمحلوف على تركه ولا يزول الضرر بفعله .

(فصل) وإذا فاء لزمته الكفارة في قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن زيد وابن عباس ، وبه قال ابن سيرين والنخعي والثوري وقتادة ومالك وأهل المدينة وأبو عبيد وأصحاب الرأي وابن المنذر وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وله قول آخر لا كفارة عليه وهو قول الحسن ، وقال النخعي كانوا يقولون ذلك لأن الله تعالى قال (فإن فاء فإن الله غفور رحيم) قال قتادة هذا خالف الناس يعني قول الحسن .

ولنا : قول الله تعالى (ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الإيمان فكفارته اطعام عشرة مساكين - الآية إلى قوله - ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم) وقال سبحانه (قد فرض الله لكم محلة أيمانكم) وقال النبي صلى الله عليه وسلم : إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فأتت الذي هو خير وكفر عن يمينك ، متفق عليه ، ولأنه خالف حانت في يمينه فلزمته الكفارة كما لو حلف على ترك فريضة ثم

فعلها، والمغفرة لا تنافي الكفارة فإن الله تعالى قد غفر لرسوله صل الله عليه وسلم ما تقدم من ذنبه وما تأخر ، وقد كان يقول : إني والله لأحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذي هو خير وتحللتها ، متفق عليه .

(فصل) وإن كان الإيلاء بتعليق عتق أو طلاق وقع بنفس الوطء لأنه معلق بصفة وقد وجدت ، وإن كان على نذر أو عتق أو صوم أو صلاة أو صدقة أو حج أو غير ذلك من الطاعات أو المباحات فهو بخير بين الوفاء به وبين كفارة يمين لأنه نذر لجأج وغضب ، فهذا حكمه ، وإن علق طلاقها الثلاث بوطئها لم يؤمر بالفيئة وأمر بالطلاق لأن الوطء غير ممكن لكونها تبين منه بإيلاج الحشفة فيصير مستمتعاً بأجنبية . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، وأكثرهم قالوا تجوز الفيئة لأن النزاع ترك للوطء وترك الوطء ليس بوطء . وقد ذكر القاضي أن كلام أحمد يقتضي روايتين كهذين الوجهين ، واللاق بمذهب أحمد تحريمه لوجوه ثلاثة أحدها : أن آخر الوطء حصل في أجنبية كما ذكرنا فإن النزاع يلتزم به كما يلتزم بالإيلاج ، فيكون في حكم الوطء ولذلك قلنا فيمن طلع عليه الفجر وهو مجامع فنزع أنه يفطر ، والتحريم ههنا أولى لأن الفطر بالوطء . ويمكن منع كون النزاع وطئاً ، والمحرم ههنا الاستمتاع والنزع استمتاع فكان محرماً ، ولأن لمسها على وجه التلذذ بها محرم فلمس الفرج بالفرج أولى بالتحريم ، فإن قيل : فهذا إنما يحصل ضرورة ترك الوطء المحرم . قلنا : فإذا لم يمكن الوطء إلا بفعل محرم حرم ضرورة ترك الحرام كما لو اختلط لحم خنزير بلحم مباح لا يمكنه أكله إلا بأكل لحم الخنزير حرم ولو اشتبهت فيئة بمذكاة أو امرأته بأجنبية حرم الكل .

الوجه الثاني : أنه بالوطء يحصل الطلاق بعد الإصابة وهو طلاق بدعة ، وكما يحرم إيقاعه بلسانه يحرم تحقيق سببه . الثالث : أن يقع به طلاق البدعة من وجه آخر وهو جمع الثلاث فإن وطئ فعليه أن ينزع حين يوجب الحشفة ولا يزيد على ذلك ولا يلبث ولا يتحرك عند النزاع لأنها أجنبية فإذا فعل ذلك فلا حد ولا مهر لأنه تارك للوطء ، وإن لبث أو تمم الإيلاج فلا حد عليه لتكن الشبهة منه لكونه وطئاً بعضه في زوجته ، وفي المهر وجهان . أحدهما : يلزمه ، لأنه حصل

منه وطء محرّم في محل غير مملوك فأوجب المهر كما لو أوج بعث النزع . والثاني : لا يجب ، لأنه تابع الإيلاج في محل مملوك فكان تابعا له في سقوط المهر ، وإن نزع ثم أوج وكانا جاهلين بالتحريم فلا حد عليهما وعليه المهر لها ويلحقه النسب وإن كانا عالمين بالتحريم فعليهما الحد لأنه إيلاج في أجنبية بغير شبهة فأشبهه ما لو طلقها ثلاثا ثم وطئها ولا مهر لها لأنها مطاوعة على الزنا ولا يلحقه النسب لأنه من زنا لا شبهة فيه .

وذكر القاضى وجهاً أنه لا حد عليهما لأن هذا مما يخفى على كثير من الناس وهو وجه لأصحاب الشافعى ، والصحيح الأول ، لأن الكلام في العالمين وليس هو في مظنة الخفاء ، فإن أكثر المسلمين يعلمون أن الطلاق الثلاث محرم للمرأة ، وإن كان أحدهما عالما والآخر جاهلا نظرت فإن كان هو العالم فعليه الحد ولها المهر ولا يلحقه النسب لأنه زان محدود ، وإن كانت هى العالمة دونه فعليه الحد وحدها ولا مهر لها والنسب لاحق بالزوج لأن وطأه وطء شبهة .

(فصل) وإن قال إن وطئتك فأنت على كظهر أمى فقال أحمد : لا يقربها حتى يكفر وهذا نص في تحريمها قبل التكفير وهو دليل على تحريم الوطء في المسألة التى قبلها بطريق التنبيه لأن المطلقة ثلاثا أعظم تحريما من المظاهر منها وإذا وطئ ههنا فقد صار مظاهرا من زوجته وزال حكم الإيلاء ، ويحتمل أن أحمد إنما أراد إذا وطئها مرة فلا يطؤها حتى يكفر لكونه صار بالوطء مظاهرا إذ لا يصح تقديم الكفاره على الظهار لأنه سببها ولا يجوز تقديم الحكم على سببه ، ولو كفر قبل الظهار لم يجزئه ، وقد روى إسحاق قال قلت لأحمد فيمن قال لزوجته أنت على كظهر أمى إن قربتك إلى سنة ؟ قال إن جاءت تطلب فليس له أن يعضلها بعد مضى الأربعة الأشهر يقال له إما أن تنى وإما أن تطلق فإن وطئها فقد وجب عليه كفارة وإن أبى وأرادت مفارقتها طلقها الحاكم عليه ، فينبغى أن تحمل الرواية الأولى على المنع من الوطء بعد الوطء الذى صار به مظاهرا لما ذكرناه فتكون الروايتان متفقتين والله تعالى أعلم .

« مسألة ، قال (أو يكون له عذر من مرض أو إحرام أو شيء لا يمكن معه
الجماع فيقول متى قدرت جامعتهما فيكون ذلك من قوله فيئة للعذر)

وجملة ذلك : أنه إذا مضت المدة وبالمولى عذر يمنع الوطء من مرض أو حبس
بغير حق أو غيره لزمه أن ينفي بلسانه فيقول متى قدرت جامعتهما ونحو هذا . ومن
قال ينفي بلسانه إذا كان ذا عذر ابن مسعود وجابر بن زيد والنخعي والحسن
والزهري والثوري والأوزاعي وعكرمة وأبو عبيد وأصحاب الرأي ، وقال سعيد
ابن جبير لا يكون النفي إلا بالجماع في حال العذر وغيره وقال أبو ثور إذا لم يقدر لم
يوقف حتى يصح أو يصل إن كان غائباً ولا تلزمه الفيئة بلسانه لأن الضرر بترك
الوطء لا يزول بالقول . وقال بعض الشافعية يحتاج أن يقول قد ندمت على ما فعلت
وإن قدرت وطئت .

ولنا : أن القصد بالفيئة ترك ما قصده من الاضرار وقد ترك قصد الاضرار بما
أتى به من الاعتذار . والقول مع العذر يقوم مقام فعل القادر ، بدليل أن إسهاد الشفيع
على الطلب بالشفعة عند العجز عن طلبها يقوم مقام طلبها في الحضور في إثباتها
ولا يحتاج أن يقول ندمت لأن الغرض أن يظهر رجوعه عن المقام على اليمين
وقد حصل بظهور عزمه عليه ، وحكى أبو الخطاب عن القاضي أن فيئة المعذور أن
يقول فئت إليك وهو قول الثوري وأبي عبيد وأصحاب الرأي . والذي ذكره القاضي
في المجرد مثل ما ذكر الخرقى وهو أحسن لأن وعده بالفعل عند القدرة عليه دليل
على ترك قصد الاضرار وفيه نوع من الاعتذار وإخبار بإزالته للضرر عند إمكانه
ولا يحصل بقوله فئت إليك شيء من هذا . فأما العاجز لجب أو شلل ففيئته أن يقول
لو قدرت لجامعتهما لأن ذلك يزيل ما حصل بإيلائه .

(فصل) والإحرام كالمرض في ظاهر قول الخرقى : وكذلك على قياسه
الاعتكاف المنذور والظهار . وذكر أصحابنا أن المظاهر لا يمهل ويؤمر بالطلاق
فيخرج من هذا أن كل عذر من فعله يمنعه الوطء لا يمهل من أجله وهو مذهب
الشافعي لأن الامتناع بسبب منه فلا يسقط حكماً واجباً عليه ، فعلى هذا لا يؤمر
بالوطء لأنه محرم عليه وله أن يؤمر بالطلاق ، ووجه القول الأول أنه عاجز عن

الوطء بأمر لا يمكنه الخروج منه فأشبه المريض فأما المظاهر فيقال له إما أن تكفر وتنفى وإما أن تطلق فإن قال أمهلوني حتى أطلب رقة أو أطعم فإن علم أنه قادر على التكفير في الحال وإنما يقصد المدافعة والتأخير لم يمهّل لأن الحق حال عليه وإنما يمهّل للحاجة ولا حاجة ، وإن لم يعد — لم ذلك أمهل ثلاثة أيام لأنها قريبة ولا يزداد على ذلك وإن كان فرضه الصيام فطلب الإمهال ليصوم شهرين متتابعين لم يمهّل لأنه كثير ، ويتخرج أن ينفي بلسانه فيئة المذخور ويمهّل حتى يصوم كقولنا في المحرم ، فإن وطئها فقد عصي وانحل لإبلاؤه ولها منعه منه . لأن هذا الوطء محرم عليهما .

وقال القاضي : يازمها التمكن وإن امتنعت سقط حقها لأن حقها في الوطء وقد بدله لها ، ومتى وطئها فقد وفأها حقها والتحريم عليه دونها .

ولنا : أنه وطء حرام فلا يلزم التمكن منه كالوطء في الحيض والنفاس . وهذا ينقض داليلهم ، ولا نسلم كون التحريم عليه دونها فإن الوطء متى حرم على أحدهما حرم على الآخر لكونه فعلاً واحداً ، ولو جاز اختصاص أحدهما بالتحريم لاختصت المرأة بتحريم الوطء في الحيض والنفاس وإحرامها وصيامها لاختصاصها بسببه .

(فصل) وإن انقضت المدة وهو محبوس بحق يمكن أداؤه طوبى بالفيئة لأنه قادر عليها بأداء ما عليه فإن لم يفعل أمر بالطلاق ، وإن كان عاجزاً عن أدائه أو حبس ظلاً أمر بفيئة المذخور ، وإن انقضت وهو غائب والطريق آمن فلها أن توكل من يطالبه بالمسير إليها أو حملها إليه فإن لم يفعل أخذ بالطلاق وإن كان الطريق مخوفاً أو له عذر يمنعه فاه فيئة المذخور .

(فصل) فإن كان مغلوباً على عقله بجنون أو إغماء لم يطالب لأنه لا يصلح للاخطاب ولا يضح منه الجواب ، وتأخر المطالبة إلى حال قدره وزوال العذر ثم يطالب حينئذ ، وإن كان مجبوراً وقلنا : يصح لإبلاؤه فاه فيئة المذخور فيقول لو قدرت جامعتهما .

(فصل) وإذا انقضت المدة فادعى أنه عاجز عن الوطء فإذا كان قد وطئها مرة لم تسمع دعواه العنة كما لا تسمع دعواها عليه ويتوخذ بالفيئة أو بالطلاق كغيره

وإن لم يكن وطئها ولم تكن حاله معروفة ، فقال القاضي : تسمع دعواه ويقبل قوله لأن التعنين من العيوب التي لا يقف عليها غيره ، وهذا ظاهر نص الشافعي ، ولها أن تسأل الحاكم فيضرب له مدة العنة بعد أن ينفى فيئة أهل الأعذار .

وفيه وجه آخر : أنه لا يقبل قوله لأنه متهم في دعوى ما يسقط عنه حقاً توجه عليه الطلب به والأصل سلامته منه ، وإن ادعت أنه قد أصابها مرة وأنكر ذلك لم يكن لها المطالبة بضرب مدة العنة لاعترافها بعدم عنته والقول قوله في عدم الإصابة .

« مسألة ، قال (فتى قدر فلم يفعل أمر بالطلاق)

وجملة الأمر : أن المولى إذا وقف وطولب بالفئة وهو قادر عليها ، فلم يفعل أمر بالطلاق . وهذا قول كل من يقول يوقف المولى لأن الله تعالى قال (فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان) فإذا امتنع من أداء الواجب لها عليه فقد امتنع من الإمساك بالمعروف فيؤمر بالتسريح بالإحسان ، وإن كان معذوراً ففاه بلسانه ثم قدر على الوطء أمر به فإن فعل وإلا أمر بالطلاق وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو بكر : إذا فاه بلسانه لم يطالب بالفئة مرة أخرى وخرج من الإيلاء ، وهو قول الحسن وعكرمة والأوزاعي لأنه فاه مرة فخرج من الإيلاء ولم تلزمه فئة ثانية كما لو فاه بالوطء ، وقال أبو حنيفة تستأنف له مدة الإيلاء . لأنه وفاهها حقها بما أمكنه من الفئة فلا يطالب إلا بعد استئناف مدة الإيلاء كما لو طلقها .

ولنا : أنه آخر حقها لعجزه عنه فإذا قدر عليه لزمه أن يوفيهما إياه كالدين على المعسر إذا قدر عليه . وما ذكره فليس بحقها ولا يزول الضرر عنها به وإنها وعدّها بالوفاء ولزمها الصبر عليه وإنكاره كالغريم المعسر .

(فصل) وليس على من فاه بلسانه كفارة ولا حنث لأنه لم يفعل المحلوف عليه وإنها وعد بفعله فهو كمن عليه دين حلف أن لا يوفيه ثم أعسر به . فقال : متى قدرت وفيته .

« مسألة ، قال (فإن لم يطلق طلق الحاكم عليه)

وجملة الأمر : أن المولى إذا امتنع من الفينة بعد التربص أو امتنع المездور من الفينة بلسانه أو امتنع من الوطء بعد زوال عذره أمر بالطلاق ، فإن طلق وقع طلاقه الذى أوقعه واحدة كانت أو أكثر ، وليس للحاكم إجباره على أكثر من طلاقه . لأنه يحصل الوفاء بحقها بها فإنه يفضى إلى البينة والتخلص من ضرره ، وإن امتنع من الطلاق طلق الحاكم عليه . وبهذا قال مالك ، وعن أحمد رواية أخرى : ليس للحاكم الطلاق عليه لأن ماخير الزوج فيه بين أمرين لم يقيم الحاكم مقامه فيه كالاختيار لبعض الزوجات فى حق من أسلم وتحت أكثر من أربع نسوة أو أختان . فعلى هذا يحبس ويضيق عليه حتى ينفى أو يطلق وللشافعى قولان كالروايتين .

ولنا : أن ما دخلته النيابة وتعين مستحقه وامتنع من هو عليه قام الحاكم مقامه فيه كقضاء الدين . وفارق الاختيار فإنه ما تعين مستحقه . وهذا أصح فى المذهب . وليس للحاكم أن يأمر بالطلاق ولا يطلق إلا أن تطلب المرأة ذلك لأنه حق لها وإننا الحاكم يستوفى لها الحق فلا يكون إلا عند طلبها .

(فصل) والطلاق الواجب على المولى رجعى سواء أوقعه بنفسه أو طلق الحاكم عليه . وبهذا قال الشافعى قال الأثرم قلت لأبى عبد الله فى المولى فإن طلقها قال تكون واحدة وهو أحق بها . وعن أحمد رواية أخرى : أن فرقة الحاكم تكون بائناً ، ذكر أبو بكر الروايتين جميعاً .

وقال القاضى : المنصوص عن أحمد فى فرقة الحاكم أنها تكون بائناً . فإن فى رواية الأثرم وقد سئل إذا طلق عليه السلطان أتكون واحدة ؟ فقال إذا طلق فى واحدة وهو أحق بها فأما تفريق السلطان فليس فيه رجعة ، وقال أبو ثور : طلاق المولى بائن سواء طلق هو أو طلق عليه الحاكم لأنها فرقة لرفع الضرر فكان بائناً كفرقة العنة ، ولأنها لو كانت رجعية لم يندفع الضرر لأنه يرتجعها فيبقى الضرر ، وقال أبو حنيفة يقع الطلاق بانقضاء العدة بائناً . ووجه الأول أنه طلاق صادف مدخولاً بها من غير غرض ولا استيفاء عدد فكان رجعياً كالطلاق فى غير الإيلاء . ويفارق فرقة العنة لأنها فسخ لعيب وهذه طلاق ، ولأنه لو أبيع له ارتجاعها لم يندفع عنها الضرر وهذه

يُندفع عنها الضرر فإنه إذا ارتجعها ضربت له مدة أخرى ، ولأن العنين قد يئس من وطئه فلا فائدة في رجعته وهذا غير عاجز ورجعته دليل على رغبته فيها وإقلاعه عن الإضرار بها فافترقا والله أعلم .

« مسألة ، قال (فإن طلق عليه ثلاثا فهي ثلاث) .

وجملة الأمر : أن المولى إذا امتنع من الفیئة والطلاق معا وقام الحاكم مقامه فإنه يملك من الطلاق ما يملكه المولى وإليه الخيرة فيه إن شاء طلق واحدة وإن شاء اثنتين وإن شاء ثلاثا وإن شاء فسخ . قال القاضي : هذا ظاهر كلام أحمد وقال الشافعي ليس له إلا واحدة لأن إيفاء الحق يحصل بها فلم يملك زيادة عليها كما لم يملك الزيادة على وفاء الدين في حق الممتنع .

ولنا أن الحاكم قائم مقامه فملك من الطلاق ما يملكه كما لو وكله في ذلك وليس ذلك زيادة على حقها فإن حقها الفرقة غير أنها تتنوع وقد يرى الحاكم المصلحة في تحريمها عليه ومنعه رجعتها لعله بسوء قصده وحصول المصلحة بعده . قال أبو عبد الله إذا قال فرقت بينكما فإنما هو فسخ ، وإذا قال طلقت واحدة فهي واحدة وإذا قال ثلاثا فهي ثلاث .

« مسألة ، قال (وإن طلق واحدة وراجع وقد بقي من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر كان الحكم كما حكنا في الأول) .

وجملة الأمر : أنه إذا طلق المولى أو طلق الحاكم عليه أقل من ثلاث فله رجعتها . وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى : أن تفريق الحاكم ليس فيه رجعة . فإنه قال : وأما تفريق السلطان فليس فيه رجعة في العدة ولا بعدها ، فعلى هذه الرواية يكون طلاق الحاكم بائنا ليس فيه رجعة ، وقال أبو بكر في كل فرقة فرقها الحاكم روايتان لعانا كانت أو غيره .

إحداهما : تحرم على التأيد واختارها . والثانية : له المراجعة فيها بعقد جديد وهذا الصحيح وليس في كلام أحمد ما يقتضي تحريمها عليه ، وقوله : ليس فيه رجعة في العدة ولا بعدها يمكن حمله على أنه ليس له رجعتها بغير نكاح جديد لأنه قد صرح في سائر الروايات به ، ولأنه لم يوجب سبب يقتضي تحريمها عليه وتفريق

الحاكم لا يقتضى سوى التفريق بينهما فى هذا النكاح ولذلك لو فرق بينهما لأجل العنة لم تحرم عليه .

وأما فرقة اللعان فإنها تحصل بدون تفريق الحاكم ولو حصلت بتفريق الحاكم غير أن المقتضى للتفريق والتحريم اللعان بدليل أنه لا يجوز إقرارهما على النكاح وإن تراضوا به بخلاف مسألتنا ، وأما على قول الخرقى فإن الطلاق إذا كان دون الثلاث فهو رجعى سواء كان من المولى أو الحاكم وهذا مذهب الشافعى لأن الحاكم نائبه فلا يقع طلاقه مفيداً كما لم يفده طلاق المولى كالوكيل ، فإن لم يراجع حتى انقضت عدتها بانت ولم يلحقها طلاق ثان . وهذا مذهب الشافعى ، وروى عن على ؑ إذا سبق حد الإيلاء حد الطلاق فهمما تطليقتان ، وإن سبق حد الطلاق حد الإيلاء فهى واحدة ، ويقتضيه مذهب الزهرى . وهذا مبنى على أن الطلاق يقع بانقضاء مدة الإيلاء من غير إيقاع وقد سبق ذكر ذلك . فأما إن فسخ الحاكم النكاح فليس للمولى الرجوع عليها إلا بنكاح جديد سواء كان فى العدة أو بعدها ولا ينقص به عدد طلاقه لأنه ليس بطلاق . فأشبهه فسخ النكاح لعيبه أو عنته ، وإن طلق المولى أو الحاكم ثلاثاً لم تحل له إلا بعد زواج ثان وإصابة ونكاح جديد . إذا ثبت هذا فإنه إذا طلق دون الثلاث فراجعها فى عدتها فإن مدة الإيلاء تنقطع بالطلاق ولا يحتسب عليها بما قبل الرجعة من المدة لأنها صارت ممنوعة منه بغير اليقين فانقطعت المدة كما لو كان الطلاق يائساً فإن راجع استؤنفت المدة من حين رجعه فإن كان الباقى منها أقل من أربعة أشهر سقط الإيلاء وإن كان أكثر منها تربعنا به أربعة أشهر ثم وقفناه ليقبى أو يطلق ثم يكون الحكم ههنا كالحكم فى وقفه الأول فإن طلق أو طاق الحاكم عليه واحدة ثم راجع وقد بقى من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر انتظرناه أربعة أشهر ثم طواب بالفيئة أو الطلاق فإن طلق فقد كملت الثلاث وحرمت عليه . وهذا مذهب الشافعى ويقتضى مذهب أبى عبد الله بن حامد أنه إذا طلق استؤنفت المدة الأخرى من حين طلق فلو تمت أربعة أشهر قبل انقضاء عدة الطلاق وقف ثانياً فإن فاء وإلا أمر بالطلاق . ونحو هذا مذهب مالك وأبى عبيد ، وإن انقضت العدة قبل مدة الإيلاء بانت وانقطع الإيلاء فإن راجع

في العدة قبل مدة الإيلاء تربص به تمام أربعة أشهر من حين الملق ، وعن ابن مسعود وعطاء الحسن والنخعي وقتادة والأوزاعي أن الطلاق يهدم الإيلاء . وهذا يحتمل أن يكون معناه أنه يقطع مدته فلا يحتسب بمدته قبل الرجعة فيكون قول الخرق مثله ، ويحتمل أنه يزيل حكمه بالكلية لأنه قد وفاها حقها بالطلاق فسقط حكم الإيلاء كما لو وطئها ، والجواب عن هذا أن حكم اليمين باق في المنع من الوطء فيبقى الإيلاء كما لو لم يطلق بخلاف الفينة فإنها ترفع اليمين لحصول الحنث فيها .

« مسألة ، قال (ولو وقفناه بعد الأربعة أشهر فقال قد أصبتها فإن كانت ثيبا كان القول قوله مع يمينه) .

وهذا قول الشافعي لأن الأصل بقاء النكاح والمرأة تدعى ما يلزمه به رفعه وهو يدعى ما يوافق الأصل ويبقى فكان القول قوله كما لو ادعى الوطء في العنة ولأن هذا أمر خفي ولا يعلم إلا من جهته فقبل قوله فيه كقول المرأة في حيضها وتلزمه اليمين لأن ما تدعيه المرأة محتمل فوجب نفيه باليمين ونص أحمد في رواية الأثرم على أنه لا يلزمه يمين لأنه لا يقضى فيه بالنكول وهذا اختيار أبي بكر ، فأما إن كانت بكرا واختلفا في الإصابة أريت الفسائي الثقات فإن شهدن بثبوتهما فالقول قوله ، وإن شهدن ببيكارتهما فالقول قولها لأنه لو وطئها زالت بكارتهما ، وظاهر قول الخرق أنه لا يمين ههنا لقوله في باب العنين فإن شهدن بما قالت أجل سنة ولم يذكر يمينه وهذا قول أبي بكر لأن البينة تشهد لها فلا تجب اليمين معها .

(فصل) ولو كانت هذه المرأة غير مدخول بها فادعى أنه أصابها وكذبت ثم طلقها وأراد رجعتها كان القول قولها فنقبل قوله في الإصابة في الإيلاء ولا نقبله في إثبات الرجعة له ، وقد سبق تعليل ذلك في كتاب الرجعة .

« مسألة ، قال (ولو آلى منها فلم يصبرها حتى طلقها وانقضت عدتها منه ثم نكحها وقد بقي من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر وقف لها كما وصفت) .

وجملة الأمر : أن المولى إذا أبان زوجته انقطعت مدة الإيلاء بغير خلاف علمناه سواء بانفاس أو بطلاق ثلاث أو بخلع أو بانقضاء عدتها من حين

الطلاق الرجعي لأنها صارت أجنبية منه ولم يبق شيء من أحكام نكاحها ، فإن عاد فتزوجها عاد حكم الإيلاء من حين تزويجها واستأنفت المدة حينئذ ، فإن كان الباقي من مدة يمينه أربعة أشهر فما دون لم يثبت حكم الإيلاء لأن مدة التربص أربعة أشهر وإن كان أكثر من أربعة أشهر تربص أربعة أشهر ثم وقف لها فأما أن ينيء أو يطلق ، وإن لم يطلق طلق الحاكم عليه . وهذا قول مالك وقال أبو حنيفة إن كان الطلاق أقل من ثلاث ثم تركها حتى انقضت عدتها ثم نكحها عاد الإيلاء ، وإن استمر في عدد الطلاق لم يعد الإيلاء لأن حكم النكاح الأول زال بالسكينة ولهذا ترجع إليه على طلاق ثلاث فصار إيلاءه في النكاح الأول كإيلائه من أجنبية ، وقال أصحاب الشافعي يتحصل من أقواله ثلاثة أقاويل : قولان كالمذهبين ، وقول ثالث لا يعود حكم الإيلاء بحال ، وهو قول ابن المنذر لأنها صارت بحال لو آلى منها لم يصح إيلاءه . فبطل حكم الإيلاء منها كالمطلقة ثلاثا .

ولنا أنه ممتنع من وطء امرأته يمين في حال نكاحها فثبت له حكم الإيلاء كما لو لم يطلق ، وفارق الإيلاء من الأجنبية فإنه لا يقصد باليمين عليها الإضرار بها بخلاف مسألتنا .

(فصل) ولو آلى من امرأته الأمة ثم اشتراها ثم أعتقها وتزوجها عاد الإيلاء ولو كان المولى عبدا فاشتريته امرأته ثم أعتقته وتزوجته عاد الإيلاء ، ولو بانث الزوجه برودة أو إسلام من أحدهما أو غيره ثم تزوجها تزويجا جديدا عاد الإيلاء وتستأنف المدة في جميع ذلك ، وسواء عادت إليه بعد زوج ثان أو قبله لأن اليمين كانت منه في حال الزوجية فيبقى حكمها ما وجدت الزوجية وهكذا لو قال لزوجته إن دخلت الدار فوالله لا جامعتك ثم طلقها ثم نكحت غيره ثم تزوجها الأول عاد حكم الإيلاء ، لأن الصفة المعقودة في حال الزوجية لا تنحل بزوال الزوجية فإن دخلت الدار في حال البينونة ثم عاد فتزوجها لم يثبت حكم الإيلاء في حقه لأن الصفة وجدت في حال كونها أجنبية ولا ينقذ الإيلاء بالهلف على الأجنبية بخلاف ما إذا دخلت وهي امرأته .

« مسألة ، قال (ولو آلى منها واختلفا في مضي الأربعة أشهر كان القول قوله في أنها لم تمض مع يمينه) .

إنما كان كذلك لأن الاختلاف في مضي المدة يبنى على الخلاف في وقت يمينه فإنهما لو اتفقا على وقت اليمين حسب من ذلك الوقت فعلم هل انقضت المدة أولا ؟ وزال الخلاف ، أما إذا اختلفا في وقت اليمين فقال حلفت في غرة رمضان وقالت بل حلفت في غرة شعبان ، فالقول قوله لأنه صدر من جهة وهو أعلم به فكان القول قوله فيه كما لو اختلفا في أصل الإيلاء ولأن الأصل عدم الحلف في غرة شعبان فكان قوله في نفيه موافقاً للأصل ، قال الخرقي ويكون ذلك مع يمينه وهو مذهب الشافعي وذهب أبو بكر إلى أنه لا يمين عليه ، قال القاضي وهو أصح لأنه اختلاف في أحكام النكاح فلم تشرع فيه يمين كما لو ادعى زوجية امرأة فأنكرته ، ووجه قول الخرقي : قول النبي صلى الله عليه وسلم « اليمين على المدعى عليه ، ولأنه - حق لآدمي يحوز بذله فيستحلف فيه كالديون .

(فصل) فإن ترك الوطء بغير يمين لم يكن مولياً لأن الإيلاء الحلف ولكن إن ترك ذلك لعذر من مرض أو غيبة ونحوه لم تضرب له مدة وإن تركه مضراً بها فهل تضرب له مدة ؟ على روايتين . إحداهما : تضرب له مدة أربعة أشهر فإن وطئها وإلا ادعى بعدها إلى الوطء فإن امتنع منه أمر بالطلاق كما يفعل في الإيلاء سواء لأنه أضرب بها بترك الوطء في مدة الإيلاء فيلزم حكمه كما لو حلف ولأن ما وجب أدائه إذا حلف على تركه وجب أدائه إذا لم يحلف كالنفقة وسائر الواجبات ، بحقه أن اليمين لا تجعل غير الواجب واجباً إذا أقسم على تركه فوجوبه معها يدل على وجوبه قبلها ، ولأن وجوبه في الإيلاء إنما كان لدفع حاجة المرأة وإزالة الضرر عنها وضررها لا يختلف بالإيلاء وعدمه فلا يختلف الوجوب ، فإن قيل : فلا يبقى للإيلاء أثر فلم أفردتم له باباً ؟ قلنا بل له أثر فإنه يدل على قصد الإضرار فتعاق الحكم به وإن لم يظهر منه قصد الإضرار اكتفى بدلالته وإذا لم توجد اليمين احتجنا إلى دليل سواه يدل على المضارة فيعتبر الإيلاء لدلالته على المقضى لا لعينه . والثانية : لا تضرب له مدة وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لأنه ليس بمول فلم تضرب له مدة كما لو لم يقصد

الإضرار ، ولأن تعليق الحكم بالايلاء يدل على اتقائه عند غدمه ، إذ لو ثبت هذا الحكم بدونه لم يكن له أثر والله أعلم .

كتاب الظهار

الظهار : مشتق من الظهر ، وإنما خصوا الظهر بذلك من بين سائر الأجزاء ، لأن كل مركوب يسمى ظهراً لحصول الركوب على ظهره في الأغلب فشبهوا الزوجة بذلك ، وهو محرم . لقول الله تعالى (ولأنهم يقولون منكرآ من القول وزوراً) ومعناه أن الزوجة ليست كالآم في التحريم ، قال الله تعالى (ما هن أمهاتهم) وقال تعالى (وما جعل أزواجكم اللآئي تظاهرون منهن أمهاتكم) والأصل في الظهار الكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى (الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم) والآية التي بعدها وأما السنة فروى أبو داود بإسناده عن خويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت : تظاهر مني أوس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو ورسول الله صلى الله عليه وسلم يجادلني فيه ويقول : اتقى الله فإنه ابن عمك . فما برحت حتى نزل القرآن (قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها) فقال : يعق رقبة . فقلت لا يجد قال : فيصوم شهرين متتابعين . فقلت : يا رسول الله إنه شيخ كبير ما به من صيام قال : فليطعم ستين مسكيناً . قلت ما عنده من شيء يتصدق به قال . فإني سأعينه بعرق من تمر ، فقلت يا رسول الله فإني أعينه بعرق آخر قال : قد أحسنت ، اذهبي فاطعمي عنه ستين مسكيناً وارجعي إلى ابن عمك قال الأصمعي - العرق - بفتح العين والراء هو ما سف من خوص كالزنبيل الكبير ، وروى أيضاً بإسناده عن سليمان بن يسار عن سلمة بن صدخر البياضي قال : كنت أصيب من النساء ما لا يصيب غيري فلما دخل شهر رمضان خفت أن أصيب من امرأتى شيئاً يتتابع حتى أصبح ، فظاهرت منها حتى ينسلخ شهر رمضان فبينما هي تخدمني ذات ليلة إذ تكشف لي منها شيء فلم ألبث أن نزوت عليها فلما أصبحت خرجت إلى قومي فأخبرتهم الخبر ، وقلت امشروا معي إلى رسول الله صلى الله

عليه وسلم ، قالوا : لا والله ، فانطلقت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته الخبر ، فقال : أنت بذاك يا سلمة ؟ فقلت : أنا بذاك يا رسول الله ، وأنا صابر لحكم الله فأحكم في ما أراك الله . قال : حرر رقبة . قلت : والذي بعثك بالحق ما أملك رقبة غيرها وضربت صدقة رقبتي قال : صم شهرين متتابعين . قلت : وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام ؟ قال : فاطعم وسقا من تمر بين ستين مسكيناً . قلت : والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشين ما لنا طعام . قال فانطلق إلى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها إليك ، قال : فاطعم ستين مسكيناً وسقا من تمر ، وكل أنت وعيالك بقيتها . فرجعت إلى قومي فقلت وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي ووجدت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم السعة وحسن الرأي ، وقد أمر لي بصدقتكم .

(فصل) وكل زوج صبح طلاقه صح ظهاره وهو البالغ العاقل سواء كان مسلماً أو كافراً حراً أو عبداً . قال أبو بكر : وظهار السكران مبنى على طلاقه . قال القاضي : وكذلك ظهار الصبي مبنى على طلاقه ، والصحيح أن ظهار الصبي غير صحيح لأنها يمين موجبة للكفارة فلم تنعقد منه كاليمين بالله تعالى ولأن الكفارة وجبت لما فيه من قول المنكر والزور وذلك مرفوع عن الصبي لكون القلم مرفوعاً عنه . وقد قيل لا يصح ظهار العبد لأن الله تعالى قال : (فتحرير رقبة) والعبد لا يملك الرقاب . ولنا : عموم الآية ولأنه يصح طلاقه فصح ظهاره كالحر . فأما إيجاب الرقبة فإنما هو على من يجدها ولا يبقى الظهار في حق من لا يجدها كالمعسر فرضه الصيام ، ويصح ظهار الذمي . وبه قال الشافعي ، وقال مالك وأبو حنيفة لا يصح منه لأن الكفارة لا تصح منه وهي الرافعة للتحريم فلا يصح منه التحريم . ودليل أن الكفارة لا تصح منه أنها عبادة تفتقر إلى النية فلا تصح منه كسائر العبادات .

ولنا : أن من صح طلاقه صح ظهاره كالمسلم . فأما ما ذكروه فيبطل بكفارة الصيد إذا قتله في الحرم وكذلك الحد يقام عليه . ولا نسلم أن التكفير لا يصح منه فإنه يصح منه العتق والإطعام ، وإنما لا يصح منه الصوم فلا تمتنع صحة الظهار بامتناع بعض أنواع الكفارة كما في حق العبد ، والنية إنما تعتبر لتعيين الفعل للكفارة

فلا يمتنع ذلك في حق الكافر كالكنية في كذايات الطلاق . ومن يمتنع في الإحيان يصح ظهاره في إفاقة كما يصح طلاقه فيه .

(فصل) ومن لا يصح طلاقه لا يصح ظهاره كالطفل والزائل العقل بجنون أو إغماء أو نوم أو غيره لا تعلم في هذا خلافاً ، وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، ولا يصح ظهار المكره وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر ، وقال أبو يوسف يصح ظهاره ، والخلاف في ذلك مبني على الخلاف في صحة طلاقه وقد مضى ذلك .

(فصل) ويصح الظهار من كل زوجة كبيرة كانت أو صغيرة مسلمة كانت أو ذمية يمكناً وطؤها أو غير يمكن ، وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو ثور لا يصح الظهار من التي لا يمكن وطؤها لأنه لا يمكن وطؤها والظهار لتحريم وطئها .

ولنا : عموم الآية ولأنها زوجة يصح طلاقها فصح الظهار منها كغيرها .
 . مسألة ، قال : (وإذا قال لزوجته أنت على كظهر أمي أو كظهر امرأة أجنبية أو أنت على حرام ، أو حرم عضواً من أعضائها فلا يطؤها حتى يأتي بالكفارة) .
 في هذه المسألة فصول خمسة . أحدها : أنه متى شبه امرأته بمن تحرم عليه على التأييد فقال : أنت على كظهر أمي أو أختي أو غيرها فهو مظاهر وهذا على ثلاثة أضرب : أحدها : أن يقول أنت على كظهر أمي فهذا ظهار إجماعاً قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن تصريح الظهار أن يقول أنت على كظهر أمي ، وفي حديث خويصة امرأة أوس بن الصامت أنه قال لها أنت على كظهر أمي فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأمره بالكفارة .

الضرب الثاني : أن يشبهها بظهر من تحرم عليه من ذوى رحمه كجدته وعمته وخالته وأخته . فهذا ظهار في قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والزهرى والثوري والأوزاعي ومالك وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي وهو جديد قول الشافعي . وقال في القديم لا يكون الظهار إلا بأم أو جدة لأنها أم أيضاً لأن اللفظ الذي ورد به القرآن مختص بالأم فإذا عدل عنه لم يتعاق به ما أوجب الله تعالى فيه .

ولنا : أنهن محرمات بالقرابة فأشبهن الأم . فأما الآية فقد قال فيها (ولأنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً) وهذا موجود في مسألتنا فجرى مجراه وتعلق الحكم بالأم لا يمنع ثبوت الحكم في غيرها إذا كانت مثلاً .

الضرب الثالث : أن يشبهها بظهر من تحرم عليه على التأييد سوى الأقارب كالأمهات المرضعات والأخوات من الرضاعة وحلائل الآباء والأبناء وأمهات النساء والربائب اللاتي دخل بأمن فهو ظهار أيضاً ، والخلاف فيها كالتى قبلها . ووجه المذهب ما تقدم ويزيد في الأمهات المرضعات دخولها في عموم الأمهات فتكون داخلة في النص وسائرهن في معناها فثبت فيهن حكمها .

الفصل الثانى : إذا شبهها بظهر من تحرم عليه تحريماً مؤقتاً كأخت امرأته وعمتها أو الأجنبية فعن أحمد فيه روايتان . إحداهما أنه ظهار وهو اختيار الحرقي وقول أصحاب مالك . والثانية : ليس بظهار وهو مذهب الشافعى لأنها غير محرمة على التأييد فلا يكون التشبيه بها ظهاراً كالحائض والمحرمة من نسائه ، ووجه الأول أنه شبهها بمحرمة فأشبه ما لو شبهها بالأم ، ولأن مجرد قوله أنت على حرام ظهار إذا نوى به الظهار والتشبيه بالمحرمة تحريم فكان ظهاراً ، فأما الحائض فيباح الاستمتاع بها في غير الفرج والمحرمة يحل له النظر إليها ولمسها من غير شهوة ، وليس في وطء واحدة منهما حد ، بخلاف مسألتنا ، واختار أبو بكر أن الظهار لا يكون إلا من ذوات المحارم من النساء قال فبهذا أقول .

(فصل) وإن شبهها بظهر أبيه أو بظهر غيره من الرجال أو قال أنت على كظهر البهيمة أو أنت على كالميتة والدم ففي ذلك كله روايتان . إحداهما : أنه ظهار ، قال الميمونى قلت لأحمد إن ظاهر من ظهر الرجل ؟ قال فظهر الرجل حرام يكون ظهاراً وبهذا قال ابن القاسم صاحب مالك فيما إذا قال أنت على كظهر أبى وروى ذلك عن جابر بن زيد ،

والرواية الثانية : ليس بظهار وهو قول أكثر العلماء لأنه تشبيه بما ليس بمحل للاستمتاع . أشبه ما لو قال أنت على كآل زيد ، وهل فيه كفارة ؟ على روايتين إحداهما : فيه كفارة لأنه نوع تحريم . فأشبه ما لو حرم ماله . والثانية : ليس فيه شيء ، نقل ابن القاسم عن أحمد فيمن شبه امرأته بظهر الرجل لا يكون ظهاراً

ولم أره يلزمه فيه شيء ، وذلك لأنه تشبيه لامراته بما ليس بمحل للاستمتاع أشبه التشبيه بمال غيره ، وقال أبو الخطاب في قوله أنت على كالميتة والدم إن نوى به الطلاق كان طلاقاً وإن نوى الظهار كان ظهاراً وإن نوى اليمين كان يميناً وإن لم ينر شيئاً ففيه روايتان . إحداهما : هو ظهار . والآخرى : هو يمين ولم يتحقق عندي معنى إرادته الظهار واليمين والله أعلم .

(فصل) فإن قال أنت عندي أو مني أو معي كظهر أمي كان ظهاراً بمنزلة على لأن هذه الألفاظ في معناه ، وإن قال جملتك أو بدنك أو جسمك أو ذاتك أو كلك على كظهر أمي كان ظهاراً لأنه أشار إليها فهو كقوله أنت ، وإن قال أنت كظهر أمي كان ظهاراً لأنه أتى بما يقتضي تحريمها عليه فانصرف الحكم إليه كما لو قال أنت طالق وقال بعض الشافعية ليس بظهار لأنه فيه ما يدل على أن ذلك في حقه وليس بصحيح فإنها إذا كانت كظهر أمه فظهر أمه محرم عليه .

(فصل) وإن قال أنت على كأمي أو مثل أمي ونوى به الظهار فهو ظهار في قول عامة العلماء منهم أبو حنيفة وصاحباہ والشافعي وإسحاق ، وإن نوى به الكرامة والتوقير أو أنها مثلها في الكبر أو الصفة فليس بظهار والقول قوله في نيته ، وإن أطلق فقال أبو بكر هو صريح في الظهار وهو قول مالك ومحمد بن الحسن ، وقال ابن أبي موسى فيه روايتان أظهرهما أنه ليس بظهار حتى ينويه وهذا قول أبي حنيفة والشافعي لأن هذا اللفظ يستعمل في الكرامة أكثر مما يستعمل في التحريم فلم ينصرف إليه بغير نية ككنائيات الطلاق .

ووجه الأول : أنه شبه امرأته بجملة أمه فكان مشبهاً لها بظهرها فيثبت الظهار كما لو شبهها به منفرداً ، والذي يصح عندي في قياس المذهب أنه إن وجدت قرينة تدل على الظهار مثل أن يخرج مخرج الحلف فيقول إن فعلت كذا فأنت على مثل أمي أو قال ذلك حال الخصومة والغضب فهو ظهار لأنه إذا خرج مخرج الحلف فالحلف يراد للامتناع من شيء أو الحث عليه ، وإنما يحصل ذلك بتحريمها عليه ولأن كونها مثل أمه في صلتها أو كرامتها لا يتعلق على شرط فيدل على أنه إنما أراد الظهار ووقوع ذلك في حال الخصومة والغضب دليل على أنه أراد به ما يتعلق بأذاها ويوجب اجتنابها وهو الظهار ، وإن عدم هذا فليس بظهار لأنه محتمل لغير الظهار احتمالاً كثيراً

فلا يتعين الظهار فيه بغير دليل . ونحو هذا قول أبي ثور . وهكذا لو قال أنت على كأمي أو مثل أمي أو قال أنت أمي أو امرأتي أمي مع الدليل الصارف له إلى الظهار كان ظهاراً إما بنية أو ما يقوم مقامها ، وإن قال أمي امرأتي أو مثل امرأتي لم يكن ظهاراً لأنه تشبيه لأمه ووصف لها وليس بوصف لامرأته .

الفصل الثالث : أنه إذا قال أنت على حرام فإن نوى به الظهار فهو ظهار في قول عامةهم . وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ، وإن نوى به الطلاق فقد ذكرناه في باب الطلاق وإن أطلق ففيه روايتان . إحداهما : هو ظهار ذكره الحرقي في موضع آخر ونص عليه أحمد في رواية جماعة من أصحابه وذكره إبراهيم الحربي عن عثمان وابن عباس وأبي قلابة وسعيد بن جبير وميمون بن مهران والبتي أنهم قالوا : الحرام ظهار ، وروى عن أحمد ما يدل على أن التحريم يمين ، وروى عن ابن عباس أنه قال : إن التحريم يمين في كتاب الله عز وجل قال الله عز وجل (يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك - ثم قال - قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) وأكثر الفقهاء على أن التحريم إذا لم ينو به الظهار ليس بظهار . وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي ، ووجه ذلك الآية المذكورة وأن التحريم يتنوع منه ما هو بظهار وبطلاق وبحيض واحرام وصيام فلا يكون التحريم صريحاً في واحد منهما ولا ينصرف إليه بغير نية كما لا ينصرف إلى تحريم الطلاق ، ووجه الأول أنه تحريم أوقعه في امرأته فكان باطلاً ظهاراً كتشبيهها بظهر أمه ، وقولهم : إن التحريم يتنوع قلنا إلا أن تلك الأنواع منتفية ولا يحصل بقوله منها إلا الطلاق وهذا أولى منه لأن الطلاق تبين به المرأة وهذا يحرمها مع بقاء الزوجية فكان أدنى التحريم فكان أولى ، فأما إن قال ذلك لمحرمه عليه بحيض أو نحوه وقصد الظهار فهو ظهار وإن قصد أنها محرمة عليه بذلك السبب فلا شيء فيه . فإن أطلق فليس بظهار لأنه يحتمل الخبر عن حالها ، ويحتمل إنشاء التحريم فيها بالظهار فلا يتعين أحدهما بغير تعيين .

(فصل) فإن قال الحل على حرام أو ما أحل الله على حرام أو ما أنقلب إليه حرام وله امرأة فهو مظاهر نص عليه أحمد في الصور الثلاث . وذلك لأن لفظه يقتضي العموم فيتناول المرأة بعمومه . وإن صرح بتحريم المرأة أو نواها فهو أكد

قال أحد فيمن قال ما أحل الله على حرام من أهل ومال عليه كفارة الظهار هو يمين .
وتجزئه كفارة واحدة في ظاهر كلام أحمد هذا ، واختار ابن عقيل أنه يلزمه كفارتان
للظهار ولتحريم المال لأن التحريم تناولها وكل واحد منهما لو انفرد أوجب كفارة
فكذلك إذا اجتمعا .

ولنا : أنها يمين واحدة فلا توجب كفارتين كما لو تظاهر من امرأتين أو حرم
من ماله شيئين وما ذكره ينتقض بهذا ، وفي قول أحمد هو يمين إشارة إلى التعليل
بما ذكرناه لأن اليمين الواحدة لا توجب أكثر من كفارة ، وإن نوى بقوله ما أحل
الله على حرام وغيره من لفظات العموم المال لم يلزمه إلا كفارة يمين لأن اللفظ
العام يجوز استعماله في الخاص . وعلى الرواية الأخرى التي تقول إن الحرام بإطلاقه
ليس بظهار لا يكون ههنا مظاهراً إلا أن ينوى الظهار .

(فصل) وإن قال أنت على كظهر أمي حرام فهو صريح في الظهار لا ينصرف
إلى غيره سواء نوى الطلاق أو لم ينوه . وليس فيه اختلاف بحمد الله لأنه صرح
بالظهار وبينه بقوله حرام ، وإن قال أنت على حرام كظهر أمي أو كأمي فكذلك .
وبه قال أبو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي . والقول الثاني : إذا نوى الطلاق فهو
طلاق وهو قول أبي يوسف ومحمد إلا أن أبا يوسف قال لا أقبل قوله في نفي الظهار .
ووجه قولهم أن قوله أنت على حرام إذا نوى به الطلاق فهو طلاق وزيادة قوله
كظهر أمي بعد ذلك لا ينفى الطلاق كما لو قال أنت طالق كظهر أمي .

ولنا أنه أتى بصريح الظهار فلم يكن طلاقاً كالتى قبلها وقولهم إن التحريم مع نية
الطلاق طلاق لا نسله وإن سلناه لكنه فسر لفظه ههنا بصريح الظهار بقوله فكان
العمل بصريح القول أولى من العمل بالنية .

(فصل) وإن قال أنت طالق كظهر أمي طلقت وسقط كظهر أمي لأنه أتى بصريح
الطلاق أولاً وجعل قوله كظهر أمي صفة له فإن نوى بقوله كظهر أمي تأكيد الطلاق
لم يكن ظهاراً كما لو أطلق ، وإن نوى به الظهار وكان الطلاق بائناً فهو كالظهار من
الاجنبية لأنه أتى به بعد بينوتها بالطلاق ، وإن كان رجعيّاً كان ظهاراً صحيحاً ذكره
القاضي وهو مذهب الشافعي لأنه أتى بلفظ الظهار فيمن هي زوجة . وإن نوى

بقوله أنت طالق الظهار لم يكن ظهاراً لأنه نوى الظهار بصريح الطلاق ، وإن قال أنت على كظهر أمي طالق وقع الظهار والطلاق معاً سواء كان الطلاق بائناً أو رجعيّاً لأن الظهار سبق الطلاق .

(فصل) فإن قال أنت على حرام ونوى الطلاق والظهار معاً كان ظهاراً ولم يكن طلاقاً ، لأن اللفظ الواحد لا يكون ظهاراً وطلاقاً والظهار أولى بهذا اللفظ فينصرف إليه . وقال بعض أصحاب الشافعي يقال له اختر أيهما شئت . وقال بعضهم إن قال : أردت الطلاق والظهار كان طلاقاً لأنه بدأ به ، وإن قال أردت الظهار والطلاق كان ظهاراً لأنه بدأ به فيكون ذلك اختياراً له ويلزمه ما بدأ به .

ولنا : أنه أتى بلفظة الحرام ينوي بها الظهار فكانت ظهاراً كما لو انفرد الظهار بنيته ولا يكون طلاقاً لأنه زاحت نيته نية الصهار وتعذر الجميع والظهار أولى بهذه اللفظة لأن معناها واحد وهو التحريم فيجب أن يغلب ما هو الأولى ، أما الطلاق فإن معناه الإطلاق وهو حل قيد النكاح ، وإنما التحريم حكم له في بعض أحواله وقد ينفك عنه . فإن الرجعية مطلقة مباحة وأما التخيير فلا يصح لأن هذه اللفظة قد ثبت حكمها حين لفظ بها لكونه أهلاً والمحل قابلاً ، ولهذا لو حكمنا بأنه طلاق لسكانت عدتها من حين أوقع الطلاق وليس إليه رفع حكم ثبت في المحل باختياره وإبداله بإرادته ، والقول الآخر مبني على أن له الاختيار وهو فاسد على ما ذكرنا ، ثم إن الاعتبار بجميع لفظه لا بما بدأ به . ولذلك لو قال طلقت هذه أو هذه لم يلزمه طلاق الأولى .

الفصل الرابع : أنه إذا شبه عضواً من امرأته بظهر أمه أو عضواً من أعضائها فهو مظهر فلو قال فرجك أو ظهرك أو رأسك أو جلدك على كظهر أمي أو بدنها أو رأسها أو يدها فهو مظهر ، وبهذا قال مالك وهو نص الشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى أنه ليس بمظهر حتى يشبه جملة امرأته لأنه لو حلف بالله لا يمس عضواً منها لم يسر إلى غيره فكذلك المظاهرة ، ولأن هذا ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص ، لأن تشبيه جملة تشبيه لمحل الاستمتاع بما يتأكده تحريره وفيه تحريم لجملة فيكون آكد ، وقال أبو حنيفة : إن شبهها بما يحرم النظر إليه من

الأم كالفرج والفخذ ونحوهما فهو مظاهر وإن لم يحرم النظر إليه كالرأس والوجه لم يكن مظاهراً ، لانه شبهها بعضو لا يحرم النظر إليه فلم يكن مظاهراً كما لو شبهها بعضو زوجة له أخرى .

ولنا : أنه شبهها بعضو من أمه فكان مظاهراً كما لو شبهها بظهرها ، وفارق الزوجة فإنه لو شبهها بظهرها لم يكن مظاهراً والنظر إن لم يحرم فإن التلذذ يحرم وهو المستفاد بعقد التكاح .

(فصل) وإن قال كشر أمي أو منها أو ظفرها أو شبه شيئاً من ذلك من امرأته بأمه أو بعضو من أعضائها الثلاثة لم يكن مظاهراً لأنها ليست من أعضاء الأم الثابتة ولا يقع الطلاق بإضافته إليها فكذلك الظهار ، وكذلك لو قال كزوج أمي فإن الزوج لا يوصف بالتحريم ولا هو محل للاستمتاع ، وكذلك الريق والعرق والدمع ، وإن قال وجهي من وجهك حرام فليس بظهار . نص عليه أحمد وقال هذا شيء يقوله الناس ليس بشيء ، وذلك لأن هذا يستعمل كثيراً في غير الظهار ولا يؤدي معنى الظهار فلم يكن ظهاراً كما لو قال لا أكلك .

(فصل) فإن قال أنا مظاهر أو على الظهار أو على الحرام أو الحرام لي لازم ولا نية له لم يلزمه شيء لانه ليس بصريح في الظهار ولا نوى به الظهار ، وإن نوى به الظهار أو اقترنت به قرينة تدل على إرادته الظهار مثل أن يعلقه على شرط فيقول على الحرام إن كلمتك احتمل أن يكون ظهاراً لانه أحد نوعي تحريم الزوجة فصح بالكناية مع النية كالطلاق ، ويحتمل أن لا يثبت به الظهار لأن الشرع إنما ورد به بصريح لفظه وهذا ليس بصريح فيه ولانه يمين موجبة للكفارة فلم يثبت حكمه بغير الصريح كالميمين بالله تعالى .

(فصل) يكره أن يسمى الرجل امرأته بمن تحرم عليه كأمه أو أخته أو بنته لما روى أبو داود بإسناده عن أبي تيممة الهجيمي أن رجلاً قال لامرأته يا أختي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أختك هي ؛ ففكره ذلك ونهى عنه ، ولانه لفظ يشبه لفظ الظهار ، ولا تحرم بهذا ، ولا يثبت حكم الظهار فإن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقل له : حرمت عليك ، ولأن هذا اللفظ ليس بصريح في اظهار

ولأنواه به فلا يثبت التحريم . وفي الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم : أن إبراهيم عليه السلام أرسل إليه جبار فسأله عنها - يعني عن سارة فقال : - إنها أختي ، ولم يعد ذلك ظهاراً .

الفصل الخامس : أن المظاهر يحرم عليه وطء امرأته قبل أن يكفر . وليس في ذلك اختلاف إذا كانت الكفارة عتقاً أو صوماً لقول الله تعالى (فتحرير رقبة من قبل أن يتأسا) وقوله سبحانه (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا) وأكثر أهل العلم على أن التكفير بالإطعام مثل ذلك وأنه يحرم وطؤها قبل التكفير ، منهم عطاء والزهرى والشافعى وأصحاب الراى . وذهب أبو ثور إلى إباحة الجماع قبل التكفير بالإطعام ، وعن أحمد ما يقتضى ذلك لأن الله تعالى لم يمنع المسيس قبله كما فى العتق والصيام .

ولنا : ما روى عكرمة عن ابن عباس : أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إني تظاهرت من امرأتى فوقعت عليها قبل أن أكفر ؟ فقال : ما حملك على ذلك يرحمك الله ؟ قال : رأيت خلاخأها فى ضوء القمر ، قال فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله ، رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن ولأنه مظاهر لم يكفر فحرم عليه جماعها كما لو كانت كفارته العتق أو الصيام ، وترك النص عليها لا يمنع قيامها على المنصوص الذى فى معناها .

(فصل) فأما التلذذ بما دون الجماع من القبلة واللمس والمباشرة فيما دون الفرج ففيه روايتان .

إحداها : يحرم . وهو اختيار أبى بكر . وهو قول الزهرى ومالك والأوزاعى وأبى عبيد وأصحاب الراى ، وروى ذلك عن النخعى وهو أحد قولى الشافعى لأن ما حرم الوطء من القول حرم دواعيه كالطلاق والإحرام .

والثانية : لا تحرم . قال أحمد أرجو أن لا يكون به بأس وهو قول الثورى وإسحاق وأبى حنيفة . وحكى عن مالك وهو القول الثانى للشافعى لأنه وطء يتعلق بتحريمه مال فلم يتجاوز التحريم كوطء الحائض .

(فصل) ولا يصح الظهار من أمتة ولا أم ولده . روى ذلك عن ابن عمر وعبد الله بن عمرو وسعيد بن المسيب ومجاهد والشعبى وربيعة والأوزاعى والشافعى وأبى حنيفة وأصحابه ، وروى عن الحسن وعكرمة والنخعى وعمرو بن دينار وسليمان

ابن يسار والزهرى وقتادة والحكم والثورى ومالك: في الظهار من الأمة كفارة تامة لأنها مباحة له فصح الظهار منها كالزوجه ، وعن الحسن والأوزاعي إن كان يطؤها فهو ظهار وإلا فلا ، لأنه إذا لم يطأها فهو كتحريم ماله . وقال عطاء عليه نصف كفارة حرة لأن الأمة على النصف من الحرية في كثير من أحكامها وهذا من أحكامها فتكون على النصف .

ولنا : قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) يخصهن به ، ولأنه لفظ يتعلق به تحريم الزوجة فلا تحرم به الأمة كالطلاق ، ولأن الظهار كان طلاقاً في الجاهلية فنقل حكمه وبقي محله ، قال أحمد : قال أبو قلابة وقتادة : إن الظهار كان طلاقاً في الجاهلية ، وروى عن أحمد أن علي المظاهر من أمته كفارة ظهار ، وقال أبو بكر : لا يتوجه هذا على مذهبه لأنه لو كانت عليه كفارة ظهار كان ظهاراً ولكن عليه كفارة يمين لأنه تحريم لمباح من ماله فكانت فيه كفارة يمين كتحريم سائر ماله . قال نافع : حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم جاريته فأمره الله أن يكفر يمينه ، ويحتمل أن لا يلزمه شيء بناء على قوله في المرأة إذا قالت لزوجها أنت على كظهر أبي لا يلزمها شيء ، وإن قال لامته أنت على حرام فعليه كفارة يمين لقول الله تعالى (يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك) - إلى قوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم (نزلت في تحريم النبي صلى الله عليه وسلم لجاريته في قول بعضهم . ويخرج على الرواية الأخرى تلزمه كفارة ظهار لأن التحريم ظهار . والاول هو الصحيح إن شاء الله تعالى .

(فصل) ويصح الظهار مؤقتاً مثل أن يقول : أنت على كظهر أمي شهراً ، أو حتى ينسلخ شهر رمضان . فإذا مضى الوقت زال الظهار وحلت المرأة بلا كفارة ولا يكون عائداً بالوطء في المدة ، وهذا قول ابن عباس وعطاء وقتادة والثورى وإسحاق وأبي ثور وأحد قولي الشافعي . وقوله الآخر . لا يكون ظهاراً ، وبه قال ابن أبي ليلى والليث ، لأن الشرع ورد بلفظ الظهار مطلقاً ، وهذا لم يطلق . فأشبه ما لو شبهها بمن تحرم عليه في وقت دون وقت ، وقال طاوس : إذا ظاهر في وقت فعليه الكفارة وإن بر ، وقال مالك : يسقط التأقيت ويكون ظهاراً مطلقاً لأن هذا لفظ يوجب تحريم الزوجة فإذا وقته لم يترقف كالطلاق .

ولنا : حديث سلة بن صخر وقوله « تظاهرت من امرأتى حتى ينسلخ شهر رمضان ، وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه أصابها في الشهر فأمره بالكفارة ، ولم يعتبر عليه تقييده ، ولأنه منع نفسه منها يمين لها كفارة فصح مؤقتاً كالإيلاء وفارق الطلاق فإنه يزيل الملك وهو يوقع تحريماً يرفعه التكفير فجاز تأقيته ، ولا يصح قول من أوجب الكفارة وإن بر لأن الله تعالى إنما أوجب الكفارة على الذين يعودون لما قالوا ومن بر وترك العود في الوقت الذي ظاهر فلم يعد لما قال فلا تجب عليه كفارة . وفارق التشبيه بمن لا تحرم عليه على التأيد ، لأن تحريمها غير كامل وهذه حرمتها في هذه المدة تحريماً مشبهاً بتحريم ظهر أمه على أتنا نمنع الحكم فيها . إذا ثبت هذا فإنه لا يكون عائداً إلا بالوطء في المدة وهذا هو المنصوص عن الشافعى ، وقال بعض أصحابه : إن لم يطلقها عقيب الظهار فهو عائد عليه الكفارة ، وقال أبو عبيد : إذا أجمع على غشيانها في الوقت لزمته الكفارة وإلا فلا لأن العود العزم على الوطء .

ولنا : حديث سلة بن صخر وأنه لم يوجب عليه الكفارة إلا بالوطء ولأنها يمين لم يحنت فيها فلا يلزمه كفارتها كاليمين بالله تعالى ، ولأن المظاهر في وقت عازم على إمساك زوجته في ذلك الوقت فمن أوجب عليه الكفارة بذلك كان قوله كقول طاوس فلا معنى لقوله : يصح الإهار مؤقتاً لعدم تأثير الوقت .

(فصل) ويصح تعليق الظهار بالشروط نحو أن يقول : إن دخلت الدار فأنت على كظهر أمى ، وإن شاء زيد فأنت على كظهر أمى ، فتى شاء زيد أو دخلت الدار صار مظاهراً وإلا فلا ، وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى لأنه يمين فجاز تعليقه على شرط كالإيلاء . ولأن أصل الظهار أنه كان طلاقاً والطلاق يصح تعليقه بالشرط فكذلك الظهار ، ولأنه قول تحرم به الزوجة فصح تعليقه على شرط كالطلاق ولو قال لامرأته : إن تظاهرت من امرأتى الأخرى فأنت على كظهر أمى ثم تظاهر من الأخرى صار مظاهراً منهما جميعاً . وإن قال : إن تظاهرت من فلانة الأجنبية فأنت على كظهر أمى ، ثم قال للأجنبية : أنت على كظهر أمى صار مظاهراً من امرأته عند من يرى الظهار من الأجنبية ، ومن لا فلا ، وسندكر ذلك إن شاء الله تعالى .

(فصل) فإن قال أنت على كظهر أمي إن شاء الله لم ينعقد ظهاره . نص عليه أحمد فقال : إذا قال لامرأته عليه كظهر أمه إن شاء الله فليس عليه شيء هي يمين ، وإذا قال : ما حل الله على حرام إن شاء الله وله أهل هي يمين ليس عليه شيء ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لأنها يمين مكفرة فصح الاستثناء فيها كاليمين بالله تعالى أو كتحريم ماله ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين فقال إن شاء الله فلا حنث عليه » ، رواه الترمذي ، وقال حديث حسن غريب ، وفي لفظ « من حلف فاستثنى فإن شاء فعل وإن شاء رجع غير حنث » ، رواه الإمام أحمد وأبو داود والنسائي ، وإن قال : أنت على حرام والله لا أكليك إن شاء الله عاد الاستثناء إليهما في أحد الوجهين ، لأن الاستثناء إذا تعقب جملاً عاد إلى جميعها إلا أن ينوي الاستثناء في بعضها فيعود إليه وحده ، وإن قال : أنت على حرام إذا شاء الله أو لا ما شاء الله أو إلى أن يشاء الله أو ما شاء الله فكله استثناء يرفع حكم الظهار . وإن قال إن شاء الله فأنت حرام فهو استثناء يرفع حكم الظهار لأن الشرط إذا تقدم بحجاب بالقاء ، وإن قال : إن شاء الله أنت حرام فهو استثناء لأن القاء مقدره ، وإن قال إن شاء الله فأنت حرام صح أيضاً والقاء زائدة ، وإن قال : أنت حرام إن شاء الله وشاء زيد فشاء زيد لم يصرمظاهراً لأنه علقه على مشيئتين فلا يحصل بأحديهما .

« مسألة » قال (فإن مات أو ماتت أو طلقها لم تلزمه الكفارة . فإن عاد فتزوجها لم يطاها حتى يكفر لأن الحنث بالعود ، وهو الوطء لأن الله عز وجل أوجب الكفارة على المظاهر قبل الحنث) .

الكلام في هذه المسألة في ثلاثة فصول . أحدها : أن الكفارة لا تجب بمجرد الظهار . فلو مات أحدهما أو فارقها قبل العود فلا كفارة عليه . وهذا قول عطاء والنخعي والأوزاعي والحسن والثوري ومالك وأبو عبيد وأصحاب الرأي ، وقال طاوس ومجاهد والشعبي والزهري وقتادة : عليه الكفارة بمجرد الظهار لأنه سبب للكفارة ، وقد وجد ولأن الكفارة وجبت لقول المنكر والزور وهذا يحصل بمجرد

الظهار ، وقال الشافعى . متى أمسكها بعد ظهاره زمتها طلاقها فيه فلم يطلقها فعليه الكفارة لأن ذلك هو العود عنده :

ولنا : قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقية) فأوجب الكفارة بأمرين ظهار وعود فلا تثبت بأحدهما ، ولأن الكفارة في الظهار كفارة يمين فلا يحنث بغير الحنث كسائر الأيمان ، والحنث فيها هو العود وذلك فعل ما حلف على تركه وهو الجماع وترك طلاقها ليس بحنث فيها ولا فعل لما حلف على تركه فلا تجب به الكفارة ولأنه لو كان الإمساك عوداً لوجب الكفارة على المظاهر الموقت وإن بر ، وقد نص الشافعى على أنها لا تجب عليه .

إذا ثبت هذا فإنه لا كفارة عليه إذا مات أحدهما قبل وطئها وكذلك إن فارقها سواء كان ذلك متراخياً عن يمينه أو عقيقه وأيهما مات ورثه صاحبه في قول الجمهور . وقال قتادة : إن ماتت لم يرثها حتى يكفر . ولنا : أن من ورثها إذا كفر ورثها وإن لم يكفر كالمولى منها .

الفصل الثانى : أنه إذا طلق من ظاهر منها ، ثم تزوجها لم يحل له وطؤها حتى يكفر سواء كان الطلاق ثلاثاً أو أقل منه وسواء رجعت إليه بعد زواج آخر أو قبله نص عليه أحمد وهو قول عطاء والحسن والزهرى والنخعى ومالك وأبى عبيد وقال قتادة : إذا بان سقط الظهار فإذا عاد فنكحها فلا كفارة عليه وللشافعى قولان كالْمذهبين . وقول ثالث : إن كانت البينة بالثلاث لم يعد الظهار وإلا عاد وبناءه على الأقاويل في عود صفة الطلاق في النكاح الثانى .

ولنا عموم قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقية من قبل أن يتامسا) وهذا قد ظاهر من امرأته فلا يحل أن يتامسا حتى يكفر ، ولأنه ظاهر من امرأته فلا يحل له مسها قبل التكفير كالمولى لم يطلقها ولأن الظهار يمين مكفرة فلم يبطل حكمها بالطلاق كالإيلاء .

الفصل الثالث : أن العود هو الوطء فتى وطئ لزمته الكفارة ولا تجب قبل ذلك إلا أنها شرط لحل الوطء فيؤمر بها من أراد له ليستحلها بها كما يؤمر بمقد النكاح من

أراد حل المرأة . وحكى نحو ذلك عن الحسن والزهرى وهو قول أبى حنيفة ، إلا أنه لا يوجب الكفارة على من وطئ . وهى عنده فى حق من وطئ . كمن لم يطل .

وقال القاضى وأصحابه : العود العزم على الوطء إلا أنهم لم يوجبوا الكفارة على العازم على الوطء إذا مات أحدهما أو طاق قبل الوطء . إلا أبى الخطاب فإنه قال : إذا مات بعد العزم أو طلق فعليه الكفارة ، وهذا قول مالك وأبى عبيد ، وقد أنكر أحمد هذا فقال مالك يقول : إذا أجمع لزمت الكفارة فكيف يكون هذا ؟ لو طلقها بعد ما يجمع كان عليه كفارة ؟ إلا أن يكون يذهب إلى قول طاوس : إذا تكلم بالظهار لزمه مثل الطلاق . ولم يعجب أحمد قول طاوس .

وقال أحمد فى قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) قال : العود الغشيان إذا أراد أن يغشى كفر ، واحتج من ذهب إلى هذا بقوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقة من قبل أن يتامسا) فأوجب الكفارة بعد العود قبل التماس ، وما حرم قبل الكفارة لا يجوز كونه متقدماً عليها ولأنه قصد بالظهار تحريمها فالعزم على وطئها عود فيها قصد ، ولأن الظهار تحريم فإذا أراد استباحتها فقد رجع فى ذلك التحريم فكان عائداً . وقال الشافعى : العود إمساكها بعد ظهاره زمنياً يمكنه طلاقها فيه لأن ظهاره منها يقتضى إباتها فإمساكها عود فيها قال ، وقال داود العود تكرار الظهار مرة ثانية لأن العود فى الشيء إعادته .

ولنا : أن العود فعل ضد قوله ومنه . العائد فى هبته ، هو الراجع فى الموهوب والعائد فى عده التارك للوفاء بما وعد ، والعائد فيما نهى عنه فاعل المنهى عنه قال الله تعالى (ثم يعودون لما نهوا عنه) فالظاهر محرم للوطء على نفسه ومانع لها منه . فالعود فعله ، وقولهم إن العود يتقدم التكفير ، والوطء يتأخر عنه . قلنا المراد بقوله (ثم يعودون) أى يريدون العود كقول الله تعالى (إذا قمتم إلى الصلاة) أى أردتم ذلك وقوله تعالى (فإذا قرأت القرآن فاستعذ) فإن قيل : فهذا تأويل ثم هو رجوع إلى إيجاب الكفارة بالعزم المجرد ؟ قلنا دليل التأويل ما ذكرنا .

وأما الأمر بالكفارة عند العزم فإنما أمر بها شرطاً للأجل كالأمر بالطهارة لمن أراد صلاة النافلة والأمر بالنية لمن أراد الصيام ، فأما الإمساك فليس بعود لأنه ليس

يعود في الظهار المؤقت فكذلك في المطلق ، ولأن العود فعل ضد ما قاله والإمساك ليس بضد له ، وقولهم إن الظهار يقتضى إباتها لا يصح وإنما يقتضى تحريمها واجتنابها ولذلك صح توقيته ولأنه قال (ثم يعودون لما قالوا) وثم للتراخي والامسك غير مترسخ ، وأما قول داود فلا يصح لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أوسا وسله ابن صخر بالكفارة من غير إعادة اللفظ ، ولأن العود إنما هو في مقوله دين قوله كالعود في الهبة والعدة والعود لما نهى عنه ويدل على إبطال هذه الأقوال كلها أن الظهار يمين مكفرة فلا تجب الكفارة إلا بالحنث فيها وهو فعل ما حلف على تركه كسائر الأيمان وتجب الكفارة بذلك كسائر الأيمان ، ولأنها يمين تقتضى ترك الوطء فلا تجب كفارتها إلا به كالإيلاء .

« مسألة ، قال (وإذا قال لامرأة أجنبية أنت على كظهر أمي لم يطأها إن تزوجها حتى يأتي بالكفارة)

وجملته : أن الظهار من الأجنبية يصح سواء قال ذلك لامرأة بعينها أو قال كل النساء على كظهر أمي وسواء أوقعه مطلقاً أو علقه على التزويج فقال كل امرأة أتزوجها فهي على كظهر أمي ، ومتى تزوج التي ظاهر منها لم يطأها حتى يكفر . يروى نحو هذا عن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وعطاء والحسن ومالك وإسحاق ، ويحتمل أن لا يثبت حكم الظهار قبل التزويج . وهو قول الثوري وأبي حنيفة والشافعي ويروى ذلك عن ابن عباس لقول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) والأجنبية ليست من نسائه ولأن الظهار يمين ورد الشرع بحكمها مقيداً بنسائه فلم يثبت حكمها في الأجنبية كالإيلاء فإن الله تعالى قال (والذين يظاهرون من نسائهم) كما قال (للذين يؤلون من نسائهم) ولأنها ليست بزوجة فلم يصح الظهار منها كأمته ولأنه حرم محرمة فلم يلزمه شيء كما لو قال أنت حرام ولأنه نوع تحريم فلم يتقدم النكاح كالطلاق .

ولنا : ما روى الإمام أحمد بإسناده عن عمر بن الخطاب أنه قال في رجل قال إن تزوجت فلانة فهي على كظهر أمي فتزوجها ، قال « عليه كفارة الظهار ، ولأنها يمين مكفرة فصح انعقادها قبل النكاح كاليمين بالله تعالى ، أما الآية فإن التخصيص خرج

مخرج الغالب فإن الغالب أن الإنسان إنما يظهر من نسائه فلا يوجب تخصيص الحكم بهن كما أن تخصيص الربيعة التي في حجره بالذكر لم يوجب اختصاصها بالتحريم ، وأما الإيلاء فإنما اختص حكمه بنسائه لكونه يقصد الإضرار بهن دون غيرهن والكفارة وجبت بهذا لقول المنكر والزور ولا يختص ذلك بنسائه ، ويفارق الظهار الطلاق من وجهين .

أحدهما : أن الطلاق حل قيد النكاح ولا يمكن حله قبل عقده والظهار تحريم للوطء فيجوز تقديمه على العقد كالحيض .

الثاني : أن الطلاق يرفع العقد فلم يحز أن يسبقه وهذا لا يرفعه وإنما تتعلق الإباحة على شرط لجاز تقدمه . وأما الظهار من الأمانة فقد انعقد يمينا وجبت به الكفارة ولم تجب كفارة الظهار لأنها ليست امرأة له حال التكفير بخلاف مسألتنا .

(فصل) وإذا قال كل امرأة أتزوجها فهي على كظهر أمي ثم تزوج نساء وأراد العود فعليه كفارة واحدة سواء تزوجهن في عقد أو في عقود متفرقة ، نص عليه أحمد وهو قول عروة وإسحاق لأنها يمين واحدة فكفارتها واحدة كما لو ظاهر من أربع نساء بكلمة واحدة ، وعنه أن لكل عقد كفارة فلو تزوج اثنتين في عقد وأراد العود فعليه كفارة واحدة ثم إذا تزوج أخرى وأراد العود فعليه كفارة أخرى وروى ذلك عن إسحاق لأن المرأة الثالثة وجد العقد عليها الذي يثبت به الظهار وأراد العود إليها بعد التكفير عن الأولتين فكانت عليه لها كفارة كما لو ظاهر منها ابتداء ولو قال لأجنبية أنت على كظهر أمي وقال أردت أنها مثلها في التحريم في الحال دين في ذلك ، وهل يقبل في الحكم ؟ يحتمل وجهين . أحدهما : لا يقبل لأنه صريح للظهار فلا يقبل صرفه إلى غيره والثاني يقبل لأنها حرام عليه كما أن أمه حرام عليه .

مسألة ، قال (ولو قال أنت على حرام وأراد في تلك الحال لم يكن عليه شيء ، وإن تزوجها لأنه صادق ، وإن أراد في كل حال لم يطأها إن تزوجها حتى يسأني بكفارة الظهار)

أما إذا أراد بقوله لها أنت على حرام الاخبار عن حرمتها في الحال فلا شيء عليه لأنه صادق لكونه وصفها بصفها ولم يقل منكراً ولا زوراً وكذلك لو أطلق هذا القول

ولم يكن له نية فلا شيء عليه لذلك وإن أراد تحريمها في كل حال فهو ظاهر لأن لفظة الحرام إذا أريد بها الظاهر ظاهر في الزوجة فكذلك في الأجنبية فصار كقوله أنت على كظهر أمي .

« مسألة ، قال (ولو ظاهر من زوجته وهي أمة فلم يكفر حتى ملكها انفسخ النكاح ولم يطأها حتى يكفر)

وجملته أن الظاهر يصح من كل زوجة أمة كانت أو حرة فإذا ظاهر من زوجته الأمة ثم ملكها انفسخ النكاح ، واختلف أصحابنا في بقاء حكم الظاهر فذكر الحرق ههنا أنه باق ولا يحل له الوطء حتى يكفر وبه يقول مالك وأبو ثور وأصحاب الرأي ونص عليه الشافعي ، وقال القاضي المذهب ما ذكر الحرق وهو قول أبي عبد الله بن حامد لقول الله تعالى (والذين يسهرون من نساءهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا) وهذا قد ظاهر من امرأته فلم يحل له مسها حتى يكفر ، ولأن الظاهر قد صح فيها وحكمه لا يسقط بالطلاق 'لنزول للملك والحل فيملك اليمين أولى ولأنها يمين انعقدت موجبة لكفارة فوجببت دون غيرها كسائر الأيمان ، وقال أبو بكر عبد العزيز يسقط الظاهر بملكها وإن وطئها حنث وعليه كفارة يمين كما لو تظاهر منها وهي أمة لأنها خرجت عن الزوجات وصار وطؤه لها بملك اليمين فلم يكن موجبا لكفارة الظاهر كما لو تظاهر منها وهي أمة ، ويقتضى قول أبي بكر هذا أن تباح قبل التكفير لأنه أسقط الظاهر وجعله يميناً كتحرير أمة فإن أعتقها عن كفارته صح على القولين فإن تزوجها بعد ذلك حلت له بغير كفارة لأنه كفر عن ظهاره بإعتاقها ولا يمتنع اجزاؤها عن الكفارة التي وجبت بسببها كما لو قال إن ملكت أمة فله على عتق رقبة فلك أمة فأعتقها وإن أعتقها عن غير الكفارة ثم تزوجها عاد حكم الظاهر ولم تحل له حتى يكفر .

« مسألة ، قال (ولو تظاهر من أربع نساءه بكلمة واحدة لم يكن عليه أكثر من كفارة)

وجملته : أنه إذا ظاهر من نساءه الأربع بلفظ واحد فقال أنتن على كظهر أمي فليس عليه أكثر من كفارة بغير خلاف في المذهب . وهو قول علي وعمر وعروة (م ٣٤ - المغني - ج ٧)

وطاوس وعطاء وربيعه ومالك والاثوزاعي واسحق وأبي ثور والشافعي في القديم ، وقال الحسن والنخعي والزهرى ويحيى الانصارى والحكم والثورى وأصحاب الراى والشافعي في الجديد عليه لكل امرأة كفارة لأنه وجد الظهار والعود في حق كل امرأة منهن فوجب عليه عن كل واحدة كفارة كما لو أفردتها به .

ولنا : عموم قول عمر وعلى رضى الله عنهما رواه عنهما الأثرم ولا نعرف لها في الصحابة مخالفا فكان إجماعاً ، ولأن الظهار كلمة تجب بمخالفتها الكفارة فإذا وجدت في جماعة أوجب كفارة واحدة كاليمين بالله تعالى ، وفارق ما إذا ظاهر منها بكلمات فإن كل كلمة تقتضى كفارة ترفعها وتكفر إثمها وهما الكلمة واحدة فالكفارة الواحدة ترفع حكمها وتمحو إثمها فلا يبقى لها حكم .

(فصل) ومفهوم كلام الخرقى أنه إذا ظاهر منهن بكلمات فقال لكل واحدة أنت على كظهر أمى فإن لكل يمين كفارة . وهذا قول عروة وعطاء قال أبو عبد الله ابن حامد المذهب رواية واحدة في هذا ، قال القاضى المذهب عندى ما ذكر الشيخ أبو عبد الله ، وقال أبو بكر فيه روايه أخرى أنه يجزئه كفارة واحدة ، واختار ذلك وقال هذا الذى قلناه اتباعاً لعمر بن الخطاب والحسن وعطاء وإبراهيم وربيعه وقبيصة وإسحق . لأن كفارة الظهار حق لله تعالى فلم تتكرر بتكرر سببها كالحمد وعليه يخرج الطلاق .

ولنا أنها أيمان متكررة على أعيان متفرقة فكان لكل واحدة كفارة كما لو كفر ثم ظاهر ، ولأنها أيمان لا يمحى في إحداها بالحنث في الأخرى فلا تكفرها كفارة واحدة كالأصل ، ولأن الظهار معنى يوجب الكفارة فتعدد الكفارة بتعدد في المحال المختلفة كالقتل ، ويفارق الحد فإنه عقوبة تدرأ بالشبهات ، فأما إن ظاهر من زوجته مرارا ولم يكفر فكفارة واحدة لأن الحنث واحد فوجب كفارة واحدة كما لو كانت اليمين واحدة .

(فصل) إذا ظاهر من امرأة ثم قال لأخرى أشركتك معها أو أنت شريكها أو كهنى ونوى المظاهرة من الثانية صار مظاهراً منها بغير خلاف علمناه وبه يقول مالك والشافعي وإن أطلق صار مظاهراً أيضاً إذا كان عقيب مظاهرتة من الأولى ذكره أبو بكر وبه قال مالك قال أبو الخطاب ويحتمل أن لا يكون مظاهراً وبه

قال الشافعي لأنه ليس بصريح في الظاهر ولا نوى به الظاهر فلم يكن ظاهراً كما لو قال ذلك قبل أن يظاهر من الأولى ، ولأنه يحتمل أنها شريكها في دينها أو في الخصومة أو في النكاح أو سوء الخلق فلم تخصص بالظاهر إلا بالنية كسائر الكنايات .

ولنا : أن الشركة والتشبيه لا بد أن يكون في شيء فوجب تعليقه بالمدكور معه كجواب السؤال فيما إذا قيل له : ألك امرأة ؟ فقال قد طلقها وكالعطف مع المعطوف عليه ، والصفة مع الموصوف ، وقولهم إنه كناية لم ينو بها الظاهر ، قلنا : قد وجد دليل النية فيـكتفى بها وقولهم إنه يحتمل قلنا : ما ذكرنا من القرينة يزيل الاحتمال وإن بقي احتمال ما، كان مرجوحاً فلا يلتفت إليه كلاحتمال في اللفظ الصريح .

«مسألة ، قال (والكفارة عتق رقبة مؤمنة سالمة من العيوب المضرة بالعمل) .

في هذه المسألة ثلاث مسائل :

الأولى : أن كفارة المظاهر القادر على الإعتاق عتق رقبة لا يجزئه غير ذلك بغير خلاف علمناه بين أهل العلم ، والأصل في ذلك قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا — إلى قوله — فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا) وقول النبي صلى الله عليه وسلم لاؤس بن الصامت حين ظاهر من امرأته ويعتق رقبة ، قلت لا يجد قال : فيصوم ، وقوله لسلمة بن صخر مثل ذلك ، فمن وجد رقبة يستغن عنها أو وجد ثمنها فاضلا عن حاجته ووجدها به لم يجزئه إلا الإعتاق لأن وجود المبدل إذا منع الانتقال إلى البدل كانت القدرة على ثمنه تمنع الانتقال كالماء وثمنه يمنع الانتقال إلى التيمم

والمسألة الثانية : أنه لا يجزئه إلا عتق رقبة مؤمنة في كفارة الظاهر وسائر الكفارات . هذا ظاهر المذهب ، وهو قول الحسن ومالك والشافعي وإسحق وأبي عبيد ، وعن أحمد رواية ثانية : أنه يجزئ فيها عدا كفارة القتل من الظاهر وغيره عتق رقبة ذمية . وهو قول عطاء والنخعي والثوري وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لأن الله تعالى أطلق الرقبة في هذه الكفارة فوجب أن يجزئ ما تنابله الإطلاق .

ولنا : ماروى معاوية بن الحكم قال كانت لى جارية فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت : على رقبة أفاعتقها ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : أين الله؟ فقالت فى السماء فقال : من أنا ؟ فقالت أنت رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم : اعتقها فإنها مؤمنة ، أخرجه مسلم والنسائى ، فعلى جواز إعتاقها عن الرقبة التى عليه بأنها مؤمنة . فدل على أنه لا يجزىء عن الرقبة التى عليه إلا مؤمنة ، ولأنه تكفير بعق فلم يجز إلا مؤمنة ككفارة القتل ، والمطلق يحمل على المقيد من جهة القياس إذا وجد المعنى فيه ولا بد من تقييده فإننا أجمعنا على أنه لا يجزىء إلا لرقبة سليمة من العيوب المضرة بالعمل ضرراً بيناً فالتقييد بالسلامة من الكفر أولى .

المسألة الثالثة : أنه لا يجزئه إلا رقبة سالمة من العيوب المضرة بالعمل ضرراً بيناً لأن المقصود تملك العبد منافعه ويمكنه من التصرف لنفسه ولا يحصل هذا مع ما يضر بالعمل ضرراً بيناً فلا يجزىء الأعمى لأنه لا يمكنه العمل فى أكثر الصنائع ولا المقعد ولا المقطوع اليدين أو الرجلين لأن اليدين آلة البطش فلا يمكنه العمل مع قدحهما والرجلان آلة المشى فلا يتنبأ له كثير من العمل مع تلفهما والشلل كالقطع فى هذا ، ولا يجزىء المجنون جنوناً مطبقاً لأنه وجد فيه المعنيان ذهاب منفعة الجنس وحصول الضرر بالعمل . وبهذا كله قال مالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وحكى عن داود أنه جوز كل رقبة يقع عليها الإسم أخذاً بإطلاق اللفظ .

ولنا أن هذا نوع كفارة فلم يجزىء ما يقع عليه الإسم كالإطعام فإنه لا يجزىء أن يطعم مسوساً ولا عفناً وإن كان يسمى طعاماً ، والآية مقيدة بما ذكرناه .

(فصل) ولا يجزىء مقطوع اليد أو الرجل ولا أشلها ولا مقطوع الإبهام اليد أو سبابتها أو الوسطى لأن نفع اليد يذهب بذهاب هؤلاء ولا يجزىء مقطوع الخنصر والبنصر من يد واحدة لأن نفع اليدين يزول أكثره بذلك وإن قطعت كل واحدة من يد جاز لأن نفع الكفين باق وقطع أنملة الإبهام كقطع جميعها فإن نفعها يذهب بذلك لكونها أناملتين ، وإن كان من غير الإبهام لم يمنع لأن منفعتها لا تذهب فإنها تصير كالأصابع القصار حتى لو كانت أصابعه كلها غير الإبهام قد قطعت من كل واحدة منها أنملة لم يمنع وإن قطع من الإصبع أنملتان فهو كقطعها لأنه يذهب بمنفعتها وهذا جميعه مذهب الشافعى ، وقال أبو حنيفة يجزىء مقطوع

إحدى اليدين أو إحدى الرجلين ولو قطعت يده ورجله جميعاً من خلاف أجزاء لأن منفعة الجنس باقية فأجزاء في الكفارة كالأعور . فأما إن قطعنا من وفاق أى من جانب واحد لم يجزىء لأن منفعة المشى تذهب .

ولنا : أن هذا يؤثر في العمل ويضر ضرراً بينا فوجب أن يمنع إجزاءها كما لو قطعنا من وفاق . ويخالف العور فإنه لا يضر ضرراً بينا ، والاعتبار بالضرر أولى من الاعتبار بمنفعة الجنس فإنه لو ذهب شمه أو قطعت أذناه معاً أجزأ مع ذهاب منفعة الجنس ، ولا يجزىء الأعرج إذا كان عرجاً كثيراً فاحشاً لأنه يضر بالعمل فهو كقطع الرجل ، وإن كان عرجاً كثيراً لا يمنع الأخرى لأنه قليل الضرر ،

(فصل) ويجزىء الأعور في قولهم جميعاً ، وقال أبو بكر فيه قول آخر لا يجزىء لأنه نقص يمنع التضحية والإجزاء في الهدى ، فأشبه العمى . والصحيح ما ذكرناه فإن المقصود تكميل الأحكام وتمليك العبد المنافع والعور لا يمنع ذلك ولأنه لا يضر بالعمل . فأشبه قطع إحدى الأذنين . ويفارق العمى فإنه يضر بالعمل ضرراً بيناً ويمنع كثيراً من الصنائع ويذهب بمنفعة الجنس ، ويفارق قطع إحدى اليدين والرجلين فإنه لا يعمل بإحدهما ما يعمل بهما والأعور يدرك بإحدى العينين ما يدرك بهما . وأما الأضحية والهدى فإنه لا يمنع منهما مجرد العور وإنما يمنع انخساف العين وذهاب العضو المستطاب ، ولأن الأضحية يمنع فيها قطع الأذن والقرن والعتق لا يمنع فيه إلا ما يضر بالعمل ويجزىء المقطوع الأذنين . وبذلك قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك وزفر لا يجزىء لأنهما عضوان فيهما الدية أشبه اليدين .

ولنا . أن قطعهما لا يضر بالعمل الضرر البين فلم يمنع كنقص السمع بخلاف قطع اليدين ، ويجزىء مقطوع الأنف لذلك ، ويجزىء الأصم إذا فهم بالإشارة ويجزىء الآخرس إذا فهمت إشارته وفهم بالإشارة ، وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور ، وقال أصحاب الرأي لا يجزىء لأن منفعة الجنس ذاهبة . فأشبه زائل العقل وهذا المنصوص عليه عن أحمد لأن الخرس نقص كثير يمنع كثيراً من الأحكام مثل القضاء والشهادة وأكثر الناس لا يفهم إشارته فيتضرر في ترك

استعماله ، وإن اجتمع الحرس والصمم فقال القاضي : لا يجوز . وهو قول بعض الشافعية لاجتماع النقصين فيه وذهاب منفعتي الجنس ووجه الأجزاء أن الإشارة تقوم مقام الكلام في الإفهام ويثبت في حقه أكثر الأحكام فيجزى في العتق كالذي ذهب شمه فأما الذي ذهب شمه فيجزى لأنه لا يضر بالعمل ولا بغيره .

فأما المريض فإن كان مرجو البرء كالحمل وما أشبهها أجزأ في الكفارة وإن كان غير مرجو الزوال كالسل ونحوه لم يجزى لأن زواله ينذر ولا يتمكن من العمل مع بقاءه ، وأما نضو الخلق فإن كان يتمكن معه من العمل أجزأ وإلا فلا ويجزى الاتحق وهو الذي يخطئ على بصير ويصنع الأشياء لغير فائدة ويرى الخطأ صواباً ومن يخفق في الاحيان ، والخصى والمجبوب والرتقاء والكبير الذي يقدر على العمل لأن ما لا يضر بالعمل لا يمنع تملك العبد منافعه وتكميل أحكامه فيحصل الأجزاء به كالسالم من العيوب .

(فصل) ويجزى عتق الجاني والمرهون وعتق المفلس عبده إذا قلنا بصحة عتقهم وعتق المدبر والخصى وولد الزنا لسكال العتق فيهم .

(فصل) ولا يجوز عتق المغصوب لأنه لا يقدر على تملكه من منافعه ولا غائب غيبة منقطعة لا يعلم خبره لأنه لا يعلم حياته فلا يعلم صحة عتقه وإن لم ينقطع خبره أجزأ عتقه لأنه عتق صحيح ، ولا يجوز عتق الحمل لأنه لم تثبت له أحكام الدنيا ولذلك لم يجب فطرته ولا يتيقن أيضاً وجوده وحياته ولا عتق أم الولد لأن عتقها مستحق بسبب غير الكفارة والمالك فيها غير كامل ولهذا لا يجوز بيعها ، وقال طاوس والبيهقي يجوز عتقها لأنه عتق صحيح ولا يجوز عتق مكاتب أدى من كتابته شيئاً وسندكر هذا في الكفارات إن شاء الله تعالى .

« مسألة ، قال (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين)

أجمع أهل العلم على أن المظاهر إذا لم يجد رقبة أن فرضه صيام شهرين متتابعين وذلك لقول الله تعالى (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا) وحديث أوس بن الصامت وسلة بن صخر وأجمعوا على أن من وجد رقبة فاضلة عن حاجته فليس له الانتقال إلى الصيام وإن كانت له رقبة يحتاج إلى خدمتها لزم أو كبر

أو مرض أو عظم خلق ونحوه مما يعجزه عن خدمة نفسه أو يكون ممن لا يخدم نفسه في العادة ولا يجد رقبة فاضلة عن خدمته فليس عليه الإعتاق وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك والأوزاعي متى وجد رقبة لزمه إعتاقها ولم يجز له الانتقال إلى الصيام سواء كان محتاجاً إليها أو لم يكن ، لأن الله تعالى شرط في الانتقال إلى الصيام أن لا يجد رقبة بقوله (فمن لم يجد) وهذا واجد وإن وجد ثمنها وهو محتاج إليه لم يلزمه شراؤها وبه قال أبو حنيفة وقال مالك يلزمه لأن وحدان ثمنها كوجدانها .

ولنا : أن ما استغرقت حاجة الإنسان فهو كالمعـدوم في جواز الانتقال إلى البدل كن وجد ماء يحتاج إليه للعطش يجوز له الانتقال إلى التيمم . وإن كان له خادم وهو ممن يخدم نفسه عادة لزمه إعتاقها لأنه فاضل عن حاجته بخلاف من لم يجز عاداته بخدمة نفسه فإن عليه مشقة في إعتاق خادمه وتضييعاً لكثير من حوائجه وإن كان له خادم يخدم امرأته وهي ممن عليه إخدمتها أو كان له رقيق يتقوت بخراجهم أو دار يسكنها أو عقار يحتاج إلى غلته لمؤنته أو عرض للتجارة لا يستغنى عن ربحه في مؤنته لم يلزمه العتق وإن استغنى عن شيء من ذلك مما يمكنه أن يشتري به رقبة لزمه لأنه واجد للرقبة وإن كانت له رقبة تخدمه يمكنه بيعها وشراء رقتين بثمنها يستغنى بخدمة إحداها ويعتق الأخرى لزمه لأنه لا ضرر في ذلك . وهكذا لو كانت له ثياب فاخرة تزيد على ملابس مثله يمكنه بيعها وشراء ما يكفيه في لباسه ورقبة لزمه ذلك ، وإن كانت له دار يمكنه بيعها وشراء ما يكفيه لسكنى مثله ورقبة أو ضيعة يفضل منها عن كفايته ما يمكنه شراء رقبة لزمه ويراعى في ذلك الكفاية التي يحرم معها أخذ الزكاة فإذا فضل عن ذلك شيء وجبت فيه الكفارة . ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه على نحو ما قلنا وإن كانت له سرية لم يلزمه إعتاقها لأنه يحتاج إليها وإن أمكنه بيعها وشراء سرية أخرى ورقبة يعتقها لم يلزمه ذلك لأن الفرض قد يتعلق بعينها فلا يقوم غيرها مقامها سيما إذا كان بدون ثمنها .

(فصل) فإن كان موسراً حين وجوب الكفارة إلا أن ماله غائب فإن كان مرجو الحضور قريباً لم يجز الانتقال إلى الصيام لأن ذلك بمنزلة الالتمار لشراء

الرقبة وإن كان بعيداً لم يجوز الانتقال إلى الصيام في غير كفارة الظهار لأنه لأضرار في الانتظار ، وهل يجوز ذلك في كفارة الظهار ؟ فيه وجهان .

أحدهما : لا يجوز لوجود الأصل في ماله . فأشبهه سائر الكفارات . والثاني يجوز لأنه يحرم عليه المسيس فجاز له الانتقال لموضع الحاجة ، فإن قيل : فلو عدم الماء وثمنه جاز له الانتقال إلى التيمم وإن كان قادراً عليهما في بلده . قلنا : الطهارة تجب لأجل الصلاة وليس له تأخيرها عن وقتها فدعت الحاجة إلى الانتقال بخلاف مسألتنا : ولأننا لو منعناه من التيمم لوجود القدرة في بلده بطلت رخصة التيمم فإن كل أحد يقدر على ذلك .

(فصل) وإن وجد ثمن الرقبة ولم يجد رقبة يشتريها فله الانتقال إلى الصيام كما لو وجد ثمن الماء ولم يجد ما يشتريه ، وإن وجد رقبة تباع بزيادة على ثمن المثل تححف بماله لم يلزمه شراؤها ، لأن فيه ضرراً ، وإن كانت لا تححف بماله احتمل وجهين :

أحدهما : يلزمه لأنه قادر على الرقبة بثمن يقدر عليه لا يححف به فأشبهه ما لو بيعت بثمن مثلاً .

والثاني : لا يلزمه لأنه لم يجد رقبة بثمن مثلاً أشبهه العادم ، وأصل الوجهين العادم للماء إذا وجد بزيادة على ثمن مثله فإن وجد رقبة بثمن مثلاً إلا أنها رقبة رفيعة يمكن أن يشتري بثمنها رقاباً من غير جنسها لزمه شراؤها لأنها بثمن مثلاً ولا يبدل شراؤها بذلك الثمن ضرراً وإنما الضرر في إعتاقها وذلك لا يمنع الوجوب كما لو كان مالكا لها .

« مسألة ، قال (فإن أفطر فيها من عذر بني وإن أفطر من غير عذر ابتداء . أجمع أهل العلم على وجوب التتابع في الصيام في كفارة الظهار . وأجمعوا على أن من صام بعض الشهر ثم قطعه لغير عذر وأفطر أن عليه استئناف الشهرين وإنما كان كذلك لورود لفظ الكتاب والسنة به . ومعنى التتابع الموالاة بين صيام أيامهما فلا يفطر فيها ولا يصوم عن غير الكفارة ، ولا يفتر التتابع إلى نية ويكفي فعله لأنه شرط وشرائط العبادات لا تحتاج إلى نية وإنما تجب النية لأفعالها وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي ، والوجه الآخر : أنها واجبة لكل ليلة لأن ضم العبادة إلى العبادة

إذا كان شرطاً وجبت النية فيه كالجَمْع بين الصَّلَاتين . والثالث تركي نية التتابع في الليلة أولى .

ولنا : أنه تتابع واجب في العبادة فلم يفتقر إلى نية كالتابعة بين الركعات ، ويفارق الجمع بين الصَّلَاتين ، فإن ذلك رخصة فافتقر إلى نية الترخُّص وما ذكروه ينتقض بالتابعة بين الركعات ، وأجمع أهل العلم على أن الصائِمة متتابعة إذا حاضت قبل إتمامه تقضى إذا طهرت وتبني ، وذلك لأن الحيض لا يمكن التحرز منه في الشهرين إلا بتأخيرهِ إلى الإياس وفيه تغرير بالصوم لأنها ربما ماتت قبله والنفاس كالحيض في أنه لا يقطع التتابع في أحد الوجهين لأنه بمنزلة في أحكامه ولأن الفطر لا يحصل فيهما بفعلهما وإنما ذلك الزمان كزمان الليل في حقهما والوجه الثاني : أن النفاس يقطع التتابع لأنه فطر أمكن التحرز منه لا يتكرر كل عام فقطع التتابع كالفطر لغير عذر ، ولا يصح قياسه على الحيض ، لأنه أندر منه ويمكن التحرز عنه . وإن أفطر لمرض مخوف لم يقطع التتابع أيضاً ، روى ذلك عن ابن عباس وبه قال ابن المسيب والحسن وعطاء والشعبي وطاوس ومجاهد ومالك وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر والشافعي في القديم ، وقال في الجديد ينقطع التتابع . وهذا قول سعيد بن جبير والنخعي والحكم والثوري وأصحاب الرأي ، لأنه أفطر بفعله فلزمه الاستئناف كما لو أفطر لسفر .

ولنا : أنه أفطر لسبب لا صنع له فيه فلم يقطع التتابع كما فطار المرأة للحيض ، وما ذكروه من الأصل ممنوع . وإن كان المرض غير مخوف لكنه يبيح الفطر فقال أبو الخطاب : فيه وجهان . أحدهما : لا يقطع التتابع لأنه مرض أباح الفطر أشبه المخوف . والثاني : يقطع التتابع لأنه أفطر اختياراً فانقطع التتابع كما لو أفطر لغير عذر ، فأما الحامل والمرضع فإن أفطرتا خوفاً على أنفسهما فهما كالمرضى ، وإن أفطرتا خوفاً على ولديهما . ففيهما وجهان . أحدهما : لا ينقطع التتابع . اختاره أبو الخطاب لأنه فطر أبيع لهما بسبب لا يتعلق باختيارهما فلم ينقطع التتابع كما لو أفطرتا خوفاً على أنفسهما . والثاني : ينقطع لأن الخوف على غيرهما ولذلك يلزمهما الفدية مع القضاء ، وإن أفطر لجنون أو إغماء لم ينقطع التتابع لأنه عذر لا صنع له فيه فهو كالحيض .

(فصل) وإن أفطر لسفر مبيح للفطر فكلام أحمد يحتمل الأمرين . وأظهرهما أنه لا يقطع التتابع فإنه قال في رواية الأثرم : كان السفر غير المرض . وما ينبغي أن يكون أوكد من رمضان ، وظاهر هذا أنه لا يقطع التتابع وهذا قول الحسن ، ويحتمل أن ينقطع به التتابع وهو قول مالك وأصحاب الرأي ، واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال فيه قولان كالمرض ومنهم من يقول ينقطع التتابع وجهاً واحداً لأن السفر يحصل باختياره فقطع التتابع كما لو أفطر لغير عذر .

ووجه الأول : أنه فطر لعذر مبيح للفطر فلم ينقطع به التتابع كما فطر المرأة بالحيض ، وفارق الفطر لغير عذر فإنه لا يباح ، وإن أكل يظن أن الفجر لم يطلع وقد كان طلع أو أفطر يظن أن الشمس قد غابت ولم تغب أفطر ، ويتمخرج في انقطاع التتابع وجهان . أحدهما : لا ينقطع لأنه فطر لعذر . والثاني : يقطع التتابع لأنه بفعل أخطأ فيه فأشبهه ما لو ظن أنه قد أتم الشهرين فبان خلافه ، وإن أفطر ناسياً لوجوب التتابع أو جاهلاً به أو ظناً منه أنه قد أتم الشهرين انقطع التتابع لأنه أفطر لجهله فقطع التتابع كما لو ظن أن الواجب شهر واحد ، وإن أكره على الأكل أو الشرب بأن أوجر الطعام أو الشراب لم يفطر . وإن أكل خوفاً فقال القاضي لا يفطر ولم يذكر غير ذلك . وفيه وجه آخر أنه يفطر ، فعلى ذلك هل يقطع التتابع ؟ فيه وجهان : أحدهما ؟ لا يقطعه . لأنه عذر مبيح للفطر فأشبهه المرض . والثاني : ينقطع التتابع وهو مذهب الشافعي لأنه أفطر بفعله لعذر نادر .

(فصل) وإن أفطر في أثناء الشهرين لغير عذر أو قطع التتابع بصوم نذر أو قضاء أو تطوع أو كفارة أخرى لزمه استئناف الشهرين لأنه أخل بالتتابع المشروط ويقع صومه عما نواه لأن هذا الزمان ليس بمستحق متعين للكفارة ولهذا يجوز صومها في غيره بخلاف شهر رمضان فإنه متعين لا يصلح لغيره ، وإذا كان عليه صوم نذر غير معين أخره إلى فراغه من الكفارة وإن كان متعينا في وقت بعينه أخر الكفارة عنه أو قدمها عليه إن أمكن ، وإن كان أياماً من كل شهر كيوم الخميس أو أيام البيض قدم الكفارة عليه وقضاه بعدها لأنه لو وفى بنذره لانقطع التتابع ولزمه الاستئناف فيفضى إلى أن لا يتمكن من التكفير والنذر يمكن قضاؤه فيكون هذا عذراً في تأخيره كالمرض .

« مسألة ، قال (وإن أصابها في ليالي الصوم أفسد ما مضى من صيامه وابتدأ الشهرين) .

وبهذا قال مالك والثوري وأبو عبيد وأصحاب الرأي لأن الله تعالى قال : (فصيام شهرين متتابعين من قبل يتماسا) فأمر بهما خاليتين عن وطء ولم يأت بهما على ما أمر فلم يجزئه كما لو وطئ نهاراً ولأنه تحريم للوطء لا يختص النهار فاستوى فيه الليل والنهار كالاغتكاف ، وروى الاثرم عن أحد أن التابع لا ينقطع بهذا ويعنى . وهو مذهب الشافعى وأبي ثور وابن المنذر لأنه وطء لا يبطل الصوم فلا يوجب الاستئناف كوطء غيرها ، ولأن التابع في الصيام عبارة عن إتيان صوم يوم للذي قبله من غير فارق وهذا متحقق وإن وطئ ليلاً ، وارتكاب النهى في الوطء قبل إتمامه إذا لم يخل بالتتابع المشروط لا يمنع صحته وإجزاؤه كما لو وطئ قبل الشهرين أو وطئ ليلة أول الشهرين وأصبح صائماً والاثنيان بالصيام قبل التماس في حق هذا لا سبيل إليه سواء بنى أو استأنف .

وإن وطئها أو وطئ غيرها في نهار الشهرين عامداً أفطر وانقطع التابع اجماعاً إذا كان غير ممدور ، وإن وطئها أو وطئ غيرها نهاراً ناسياً أفطر وانقطع التابع في إحدى الروايتين لأن الوطء لا يعذر فيه بالنسيان ، وعن أحمد رواية أخرى أنه لا يفطر ولا ينقطع التابع . وهو قول الشافعى وأبي ثور وابن المنذر لأنه فعل المفطر ناسياً . أشبه ما لو أكل ناسياً وإن أبيح له الفطر لعذر فوطئ غيرها نهاراً لم ينقطع التابع لأن الوطء لا أثر له في قطع التابع . وإن وطئها كان كوطئها ليلاً هل ينقطع التابع ؟ على وجهين ، وإن وطئ غيرها ليلاً لم ينقطع التابع لأن ذلك ليس بمحرم عليه ولا هو مغل باتباع الصوم الصوم فلم ينقطع التابع كالأكل ليلاً ، وليس في هذا اختلاف نعلمه ، وإن لمس المظاهر منها أو باشرها دون الفرج على وجه يفطر به قطع التابع لإخلاله بموالاتة الصيام وإلا فلا ينقطع والله أعلم .

« مسألة ، قال (فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً)

أجمع أهل العلم على أن المظاهر إذا لم يجسد الرقبة ولم يستطع الصيام أن فرضه إطعام ستين مسكيناً على ما أمر الله تعالى في كتابه ، وجاء في سنة نبيه صلى الله عليه وسلم سواء عجز عن الصيام لكبر أو مرض يخاف بالصوم تباطؤه أو الزيادة فيه أو الشبق

فلا يصبر فيه عن الجماع فان أوس بن الصامت لما أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالصيام قالت امرأته « يا رسول الله انه شيخ كبير مابه من صيام ، قال فليطعم ستين مسكيناً ، ولما أمر سله بن صخر بالصيام قال « وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام ؟ ، قال « فاطم ، فنقله إلى الإطعام لما أخبره أن به من الشبق والشهوة ما يمنعه من الصيام ، وقسنا على هذين ما يشبهها في معناهما ، ويجوز أن ينتقل إلى الإطعام إذا عجز عن الصيام للرض وإن كان مرجو الزوال لدخوله في قوله سبحانه وتعالى (فمن لم يستطع فاطعم ستين مسكيناً) ولأنه لا يعلم أن له نهاية فأشبهه الشبق . ولا يجوز أن ينتقل لأجل السفر لأن السفر لا يعجزه عن الصيام ، وله نهاية ينتهي إليها وهو من أفعاله الاختيارية ، والواجب في الإطعام اطعام ستين مسكيناً ، لا يجوز أقل من ذلك وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لو اطعم مسكيناً واحداً في ستين يوماً أجزاءه ، وحكاه القاضي أبو الحسين رواية عن أحمد لأن هذا المسكين لم يستوف قوت يومه من هذه الكفارة ، فجاز أن يعطى منها كالיום الأول .

ولنا : قول الله تعالى (فاطعم ستين مسكيناً) وهذا لم يطعم إلا واحداً فلم يمثل الأمر ولأنه لم يطعم ستين مسكيناً ، فلم يجزئه كما لو دفعها إليه في يوم واحد ولأنه لو جاز الدفع إليه في أيام لجاز في يوم واحد كالزكاة وصدقة الفطر ، يحقق هذا أن الله أمر بعدد المساكين لا بعدد الأيام ، وقائل هذا يعتبر عدد الأيام دون عدد المساكين والمعنى في اليوم الأول أنه لم يستوف حقه من هذه الكفارة وفي اليوم الثاني قد استوفى حقه منها وأخذ منها قوت يوم فلم يجز أن يدفع إليه في اليوم الثاني كما لو أوصى إنسان بشيء لستين مسكيناً .

« مسألة ، قال (لكل مسكين مد من بر أو نصف صاع من تمر أو شعير)

وجملة الأمر : أن قدر الطعام في الكفارات كلها مد من بر لكل مسكين أو نصف صاع من تمر أو شعير ، وعن قال مد بر : زيد بن ثابت وابن عباس وابن عمر ، حكاه عنهم الإمام أحمد ، ورواه عنهم الأثرم ، وعن عطاء وسليمان بن موسى وقال سليمان بن يسار أدركت الناس إذا أعطوا في كفارة اليمين مدداً من خنطه بالمد الأصغر مد النبي صلى الله عليه وسلم ، وقال أبو هريرة يطعم مدداً من أى الأنواع كان . وبهذا قال عطاء والاوزاعي والشافعي لما روى أبو داود بإسناده عن عطاء

عن أوس بن أخی عبادة بن الصامت ، أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه - يعني المظاهر - خمسة عشر صاعاً من شعير اطعام ستين مسكيناً ، وروى الأثرم بإسناده عن أبي هريرة في حديث الجامع في رمضان ، أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بعرق فيه خمسة عشر صاعاً فقال : خذه وتصدق به ، وإذا ثبت في الجامع بالخبر ثبت في المظاهر بالقياس عليه ولأنه اطعام واجب فلم يختلف باختلاف أنواع المخرج كالفطرة وفدية الأذى وقال مالك لكل مسكين مدان من جميع الأنواع ومن قال مدان من قمح مجاهد وعكرمة والشعبي والنخعي لأنها كفارة تشتمل على صيام واطعام فكان لكل مسكين نصف صاع كفدية الأذى ، وقال الثوري وأصحاب الرأي من القمح مدان ومن التمر والشعير صاع لكل مسكين لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث سلمة بن صخر ، فأطعم وسقا من تمر ، رواه الإمام أحمد في المسند وأبو داود وغيرهما وروى الحلال بإسناده عن يوسف بن عبد الله بن سلام عن خويلة فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فليطعم ستين مسكيناً وسقا من تمر ، وفي رواية أبي داود ، والعرق ستون صاعاً ، وروى ابن ماجه بإسناده عن ابن عباس قال ، كفر رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاع من تمر وأمر الناس : فمن لم يجد فنصف صاع من بر ، وروى الأثرم بإسناده عن عمر رضي الله عنه قال ، أطعم عني صاعاً من تمر أو شعير أو نصف صاع من بر ، ولأنه اطعام للمساكين فكان صاعاً من التمر والشعير أو نصف صاع من بر كصدقة الفطر .

ولنا : ما روى الإمام أحمد حدثنا إسماعيل حدثنا أيوب عن يزيد المدني قال ، جاءت امرأة من بني بياضة بنصف وسق شعير ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم للظاهر . أطعم هذا فان مدى شعير مكان مدبر ، وهذا نص ، ويدل على أنه مدبر أنه قول زيد وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة ولم نعرف لهم في الصحابة مخالفاً فكان اجماعاً ، وعلى أنه نصف صاع من التمر والشعير ما روى عطاء بن يسار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لحولة امرأة أوس بن الصامت ، اذهبي إلى فلان الانصاري فإن عنده شطر وسق من تمر أخبرني أنه يريد أن يتصدق به فلتأخذه فليتصدق به على ستين مسكيناً ، وفي حديث أوس بن الصامت أن

النبي صلى الله عليه وسلم قال : إني سأعينه بعرق من تمر . قلت يا رسول الله فإني سأعينه بعرق آخر . قال : قد أحسنت ، أذهبي فأطعمي بها عنه ستين مسكيناً وارجعي إلى ابن عمك ، وروى أبو داود يا . ناده عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أنه قال : العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعاً ، فعرقان يكونان ثلاثين صاعاً لكل مسكين نصف صاع ولأنها كفارة تشتمل على صيام وإطعام فكان لكل مسكين نصف صاع من التمر والشعير كفدية الأذى . فأما رواية أبي داود : أن العرق ستون صاعاً ، فقد ضعفها وقال غيرها أصح منها ، وفي الحديث ما يدل على الضعف لأن ذلك في سياق قوله : « إني سأعينه بعرق ، فقالت امرأته : إني سأعينه بعرق آخر قال : فأطعمي بها عنه ستين مسكيناً » ، فلو كان العرق ستين صاعاً لكانت الكفارة بمائة وعشرين صاعاً ولا قائل به .

وأما حديث المجامع الذي أعطاه خمسة عشر صاعاً فقال « تصدق به » ، فيحتمل أنه اقتصر عليه إذا لم يجد سواه ، ولذلك لما أخبره بحاجته إليه أمره بأكله . وفي الحديث المتفق عليه « قريب من عشرين صاعاً » ، وليس ذلك مذهباً لأحمد فيدل على أنه اقتصر على البعض الذي لم يجد سواه . وحديث أوس بن أخي عبادة مرسل يرويه عنه عطاء ولم يدركه ، على أنه حجة لنا لأن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه عرقاً وأعاتته امرأته بآخر فصارا جميعاً ثلاثين صاعاً ، وسائر الأخبار تجمع بينها وبين أخبارنا بحملها على الجواز وأخبارنا على الأجزاء . وقد عضد هذا أن ابن عباس راوى بعضها ومذهبه أن المد من البر يجرى . وكذلك أبو هريرة وسائر ما ذكرنا من الأخبار مع الإجماع الذي نقله سليمان بن يسار والله أعلم .

(فصل) وبقي الكلام في الإطعام في أمور ثلاث : كفيته ، وجنس الطعام ، ومستحقه . فأما كفيته فظاهر المذهب أن الواجب تملك كل إنسان من المساكين القدر الواجب له من الكفارة ولو غدى المساكين أو عشام لم يجزئه سواء فعل ذلك بالقدر الواجب أو أقل أو أكثر ولو غدى كل واحد بمد لم يجزئه إلا أن يملكه إياه . وهذا مذهب الشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى أنه يجزئه إذا أطعمهم القدر الواجب لهم ، وهو قول النخعي وأبي حنيفة ، وأطعم أنس في فدية الصيام ، قال أحمد أطعم شيئاً كثيراً وصنع الجفان . وذكر حديث حماد بن سلمة عن ثابت عن أنس وذلك

لقول الله تعالى : (فأطعم ستين مسكيناً) وهذا قد أطعمهم فينبغي أن يجزئه ولأنه أطعم المساكين فأجزأه كما لو ملكهم .

ولنا : أن المنقول عن الصحابة إعطاؤهم ففي قول زيد وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة مد لكل فقير ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم لكعب في فدية الأذى : « أطعم ثلاثة أصع من تمر بين ستة مساكين ، ولأنه مال وجب للفقراء شرعاً فوجب تملكهم إياه كالزكاة . فإن قلنا : يجزئ بشرط أن يغديهم بستين مداً فصاعداً ليكون قد أطعمهم قدر الواجب ، وإن قلنا لا يجزئه أن يغديهم فقدم إليهم ستين مداً وقال هذا بينكم بالسوية فقبلوه أجزأ لأنه ملكهم التصرف فيه والانتفاع قبل القسمة . وهذا ظاهر مذهب الشافعي .

وقال أبو عبد الله بن حامد يجزئه وإن لم يقل بالسوية لأن قوله خذوها عن كفارتى يقتضي التسوية لأن ذلك حكمها ، وقال القاضي : إن علم أنه وصل إلى كل واحد قدر حقه أجزأ وإن لم يعلم لم يجزئه لأن الأصل شغل ذمته ما لم يعلم وصول الحق إلى مستحقه . ووجه الأول أنه دفع الحق إلى مستحقه مشاعاً فقبلوه فبرى منه كديون غرماته .

(فصل) ولا يجب التتابع في الإطعام نص عليه أحمد في رواية الأثرم . وقيل له تكون عليه كفارة يمين فيطعم اليوم واحداً وآخر بعد أيام وآخر بعد حتى يستكمل عشرة ؟ فلم ير بذلك بأساً ، وذلك لأن الله تعالى لم يشترط التتابع فيه ، ولو وطئ في أثناء الإطعام لم تلزمه إعادة ماضيه منه ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يستأنف لأنه وطئ في أثناء كفارة الظهار فوجب الاستئناف كالصيام .

ولنا : أنه وطئ في أثناء ما لا يشترط التتابع فيه فلم يوجب الاستئناف كوطئ غير المظاهر منها أو كالوطئ في كفارة اليمين وبهذا فارق الصيام .

« مسألة » قال : (ولو أعطى مسكيناً مدين من كفارتين في يوم واحد أجزأ في إحدى الروايتين) .

وهذا مذهب الشافعي لأنه دفع القدر الواجب إلى العدد الواجب فأجزأ كما لو دفع إليه المدين في يومين . والآخرى : لا يجزئه وهو قول أبي حنيفة لأنه استوفى قوت يوم من كفارة فلم يجزئه الدفع إليه ثانياً في يومه كما لو دفعهما إليه من كفارة

واحدة . فعلى هذه الرواية يجزئه عن إحدى الكفارتين ، وهل له الرجوع فى الأخرى ؟
 ينظر فإذا كان أعلمه أنها عن كفاره فله الرجوع وإلا فلا ويتخرج أن لا يرجع بشيء
 على ما ذكرناه فى الزكاة . والرواية الأولى أقيس وأصح فإن اعتبار عدد المساكين
 أولى من اعتبار عدد الأيام ، ولو دفع إليه ذلك فى يومين أجزاء ، ولأنه لو كان الدافع
 اثنين أجزاء عنهما فكذلك إذا كان الدافع واحداً ، ولو دفع ستين مداً إلى ثلاثين فقيراً
 من كفارة واحدة أجزاء من ذلك ثلاثون ويطعم ثلاثين آخرين ، وإن دفع الستين
 من كفارتين أجزاء ذلك على إحدى الروايتين ولا يجزىء فى الأخرى إلا عن ثلاثين .

والأمر الثانى : أن المجرىء فى الإطعام ما يجزىء فى الفطرة وهو البر والشعير
 والتمر والزبيب سواء كانت قوته أو لم تكن وما عداها فقال القاضى لا يجزىء إخراجه
 سواء كان قوت بلده أو لم يكن لأن الخبر ورد بإخراج هذه الأصناف على ما جاء
 فى الأحاديث التى رويناها ، ولأنه الجنس المخرج فى الفطرة : فلم يجزىء غيره كما لو لم
 يكن قوت بلده ، وقال أبو الخطاب عنده أنه يجزئه الإخراج من جميع الحبوب التى
 هى قوت بلده كالذرة والدخن والأرز لأن الله تعالى قال : (من أوسط ما تطعمون
 أهليكم) وهذا مما يطعمه أهله فوجب أن يجزئه بظاهر النص . وهذا مذهب الشافعى
 فإن أخرج غير قوت بلده أجود منه فقد زاد خيراً ، وإن كان أنقص لم يجزئه
 وهذا أجود .

(فصل) والأفضل عند أبى عبد الله إخراج الحب لأنه يخرج به من الخلاف
 وهى حالة كاله لأنه يدخر فيها وينتهى لمنافعه كلها بخلاف غيره فإن أخرج دقيقاً جاز
 لكن يزيد على قدر المد قدرأ يبلغ المد حباً أو يخرج به بالوزن لأن للحب ربعاً فيكون
 فى مكيال الحب أكثر مما فى مكيال الدقيق .

قال الأثرم قيل لأبى عبد الله فيعطى البر والدقيق ؟ فقال : أما الذى جاء فالبر
 ولكن إن أعطاه الدقيق بالوزن جاز ، وقال الشافعى : لا يجزىء لأنه ليس بحال
 السكال لاجل ما يفوت به من وجوه الانتفاع فلم يجز كالهريسة .

ولنا : قول الله تعالى (فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون
 أهليكم) والدقيق من أوسط ما يطعمه أهله ولأن الدقيق أجزاء الحنطة وقد كفاهم
 مؤنته وطحنه وهبأه وقربه من الأكل وفارق الهريسة فإنها تلف على قرب ولا يمكن

الانتفاع بها في غير الأكل في تلك الحال بخلاف مسألتنا ، وعن أحمد في إخراج الخبز روايتان . إحداهما : يجرى اختارها الخرقى ونص عليه أحمد في رواية الأثرم ، فإنه قال قلت لأبي عبد الله رجل أخذ ثلاثة عشر رطلا وثلاثاً دقيقاً وهو كفارة اليمين فخبزه للمساكين وقسم الخبز على عشرة مساكين أيجزئه ذلك ؟ قال ذلك أعجب إلى وهو الذي جاء فيه الحديث أن يطعمهم مدبر ، وهذا إن فعل فأرجو أن يجزئه قلت إنما قال الله (فإطعام عشرة مساكين) فهذا قد أطعم عشرة مساكين وأوفاهم المد ، قال أرجو أن يجزئه وهذا قول بعض أصحاب الشافعى ، ونقل الأثرم في موضع آخر أن أحمد سأل رجل عن الكفارة قال أطعمهم خبزاً وتمراً قال ليس فيه تمر قال فخبز . قال لا ولكن برأ أو دقيقاً بالوزن رطل وثلاث لكل مسكين ، فظاهر هذا أنه لا يجزئه وهو مذهب الشافعى لأنه خرج عن حالة الكمال والإدخار فأشبهه الهريسة . والاول أحسن لأن الله تعالى قال (فإطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم) وهذا من أوسط ما يطعم أهله وليس الإدخار مقصوداً في الكفارة فإنها مقدرة بما يقوت المسكين في يومه فبدل ذلك على أن المقصود كفايته في يومه وهذا قد هيأه للأكل المعتاد للاقتيات وكفاهم مؤنته فأشبه ما لو نقي الحنطة وغسلها .

وأما الهريسة والكبولا ونحوهما فلا يجرى لأنهما خرجا عن الاقتيات المعتاد إلى خبز الآدم وأما السويق فالصحيح أنه لا يجرى لذلك ، ويحتمل أن يجرى لأنه يقتات في بعض البلدان ولا يجزئه من الخبز والسويق أقل من شيء يعمل من مد فإن أخذ مد حنطة أو رطلا وثلاثاً من الدقيق وصنعه خبزاً أجزأه ، وقال الخرقى يجزئه رطلان .

قال القاضى : المد يجرى منه رطلان وذلك لأن الغالب أن رطلين من الخبز لا تكون إلا من مد وذلك بالرطل الدمشقى خمس أواق وأقل من خمس أوقية وهذا في البر ، فأما إن كان المخرج من الشعير فلا يجزئه الاضعف ذلك على ما قررناه .

(فصل) ولا تجزى القيمة في الكفارة نظراً الميمونى والأثرم وهو مذهب الشافعى وخرج بعض أصحابنا من كلام أحمد رواية أخرى أنه يجزئه وهو ما روى الأثرم أن رجلاً سأل أحمد قال أعطيت في كفارة خمسة دراهم ؟ فقال : لو استشرقتى (٣٥ - المغنى ج ٧)

قبل أن تعطى لم أشر عليك ولكن أعط على ما بقي من الإيمان على ما قلت لك وسكت عن الذي أعطى ، وهذا ليس برواية وإنما سكت عن الذي أعطى لأنه مختلف فيه فلم ير التضيق عليه فيه .

الأمر الثالث : أن مستحق الكفارة هم المساكين الذين يعطون من الزكاة لقول الله تعالى (فإطعام ستين مسكينا) والفقراء يدخلون فيهم لأن فيهم المسكنة وزيادة ولا خلاف في هذا ، فأما الأغنياء فلا حق لهم في الكفارة سواء كانوا من أصناف الزكاة كالغزاة والمؤلفة أو لم يكونوا ، لأن الله تعالى خص بها المساكين ، واختلف أصحابنا في المكاتب فقال القاضي في المجرى وأبو الخطاب في الهداية لا يجوز دفعها إليه ، وهو مذهب الشافعي ، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب في مسائلهما يجوز الدفع إليه ، وهو مذهب أبي حنيفة وأبي ثور لأنه يأخذ من الزكاة لحاجته فأشبهه المسكين .

وجه الأول : أن الله تعالى خص بها المساكين ، والمكاتبون صنف آخر فلم يجوز الدفع إليهم كالغزاة والمؤلفة ، ولأن الكفارة قدرت بقوت يوم لكل مسكين وصرفت إلى من يحتاج إليها للاقتيات ، والمكاتب لا يأخذ لذلك فلا يكون في معنى المسكين ، ويفارق الزكاة ، فإن الأغنياء يأخذون منها وهم الغزاة والعاملون عليها والمؤلفة والغارمون ، ولأنه غنى بكسبه أو بسيدة فأشبهه العامل ، ولا خلاف بينهم في أنه لا يجوز دفعها إلى عبد لأن نفقته واجبة على سيده وليس هو من أصناف الزكاة ، ولا إلى أم ولد لأنها أمة نفقتها على سيدها وكسبها له ، ولا إلى من تلزمه نفقته ، وقد ذكرنا ذلك في الزكاة ، وفي دفعها إلى الزوج وجهان بناء على دفع الزكاة إليه .

ولا يجوز دفعها إلى كافر . وبهذا قال الشافعي وخرج أبو الخطاب وجهها في إعطائهم بناء على الرواية في إعتاقهم وهو قول أبي ثور وأصحاب الرأي لأن الله تعالى قال (فإطعام عشرة مساكين) وأطلق فيدخلون في الإطلاق .

ولنا : أنه كافر فلم يجوز الدفع إليه كسباكين أهل الحرب وقد سلمه أصحاب الرأي والآية مخصوصة بأهل الحرب فنقيس عليهم سائر الكفار ، ويجوز صرفها إلى الصغير

والكبير إن كان ممن يأكل الطعام وإذا أراد صرفه إلى الصغير فإنه يدفعه إلى وليه يقبض له فإن الصغير لا يصح منه القبض ، فأما من لا يأكل الطعام فظاهر كلام الخرق أنه لا يجوز الدفع إليه لأنه لا يأكله فيكون بمنزلة دفع القيمة . وقال أبو الخطاب يجوز له لأنه مسكين يدفع إليه من الزكاة فأشبهه الكبير ، وإذا قلنا يجوز الدفع إلى المساكين جاز للسيد الدفع من كفارته إلى مكاتبه لأنه يجوز أن يدفع إليه من زكاته .

(فصل) ويجوز دفع الكفارة إلى من ظاهره الفقر فإن بان غنياً فهل تجزئه ؟ فيه وجهان بناء على الروايتين في الزكاة وإن بان كافراً أو عبداً لم تجزئه ورجها واحداً .
« مسألة » قال (ومن ابتداء صوم الظهار من أول شعبان أفطر يوم الفطر وبني ، وكذلك أن ابتداء من أول ذي الحجة أفطر يوم النحر وأيام التشريق وبني على ماضى من صيامه) .

وجملة ذلك : أنه إذا تخلل صوم الظهار زمان لا يصح صومه عن الكفارة مثل أن يبتدىء الصوم من أول شعبان فيتخلله رمضان ويوم الفطر أو يبتدىء من ذي الحجة فيتخلله يوم النحر وأيام التشريق فإن التابع لا ينقطع بهذا وبني على ماضى من صيامه ، وقال الشافعى ينقطع التابع ويلزمه الاستئناف لأنه أفطر في أثناء الشهرين بما كان يمكنه التحرز منه فأشبهه إذا أفطر بغير ذلك أو صام عن نذر أو كفاره أخرى .

ولنا : أنه من منعه الشرع عن صومه في الكفارة فلم يقطع التابع كالحيض والنفاس ، فإن قال والحيض والنفاس غير يمكن التحرز منه . قلنا : قد يمكن التحرز من النفاس بأن لا تبتدىء الصوم في الحال الحمل ومن الحيض إذا كان طهرها يزيد على الشهرين بأن تبتدىء الصوم عقب طهرها من الحيضة . ومع هذا فإنه لا يقطع التابع به ، ولا يجوز للاموم مفارقة إمامه لغير عذر ويجوز أن يدخل معه المسبوق في أثناء الصلاة مع علمه بلزوم مفارقتها قبل إتمامها ، ويتخرج في أيام التشريق رواية أخرى أنه يصومها عن الكفارة ولا يفطر إلا يوم النحر وحده ، فعلى هذا إن أفطرها استأنف لأنها أيام أمكنه صيامها في الكفارة ففطرها يقطع التابع كغيرها . إذا ثبت هذا فإنه إن ابتداء الصوم من أول شعبان أجزاء صوم شعبان عن شهر ناقصاً كان أو تاماً ، وأما شوال فلا يجوز أن يبدأ به من أوله لأن أوله يوم

الفطار وصومه حرام فيشرع في صومه من اليوم الثاني ويتم شهرًا بالعدد ثلاثين يوماً ، وإن بدأ من أول ذي الحجة إلى آخر المحرم قضى أربعة أيام وأجزأه لأنه بدأ بالشهرين من أولها ، ولو ابتدأ صوم الشهرين من يوم الفطر لم يصح صوم يوم الفطر وصح صوم بقية الشهر وصوم ذي القعدة ويحتسب له بذى القعدة ناقصاً كان أو تاماً لأنه بدأه من أوله . وأما شوال فإن كان تاماً صام يوماً من ذي الحجة مكان يوم الفطر وأجزأه ، وإن كان ناقصاً صام من ذي الحجة يومين لأنه لم يبدأه من أوله ، وإن بدأ بالصيام من أول أيام التشريق وقلنا يصح صومها عن الفرض فإنه يحتسب له بالمحرم ويكمل صوم ذي الحجة بتمام ثلاثين يوماً من صفر ، وإن قلنا لا يصح صومها عن الفرض صام مكانها من صفر .

(فصل) ويجوز أن يبتدى صوم الشهرين من أول شهر ومن أثناؤه لا نعلم في هذا خلافاً ، لأن الشهر اسم لما بين الهلالين ولثلاثين يوماً ، فأيهما صام فقد أدى الواجب ، فإن بدأ من أول شهر فصام شهرين بالأهلة أجزأه ذلك تامين كانا أو ناقصين إجماعاً . وبهذا قال الثوري وأهل العراق ومالك في أهل الحجاز والشافعي وأبو ثور وأبو عبيد وغيرهم لأن الله تعالى قال (فصيام شهرين متتابعين) وهذان شهران متتابعان ، وإن بدأ من أثناء شهر فصام ستين يوماً أجزأه بغير خلاف أيضاً . قال ابن المنذر أجمع على هذا من نحفظ عنه من أهل العلم ، فأما إن صام شهرًا بالهلال وشهرًا بالعدد فصام خمسة عشر يوماً من المحرم وصفر جميعه وخمسة عشر يوماً من ربيع فإنه يجزئه سواء كان صفر تاماً أو ناقصاً لأن الأصل اعتبار الشهور بالأهلة لكن تركناه في الشهر الذي بدأ من وسطه لتعذره ففي الشهر الذي أمكن اعتباره يجب أن يعتبر وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ويتوجه أن يقال لا يجزئه إلا شهران بالعدد لأننا لما ضمنا إلى الخمسة عشر من المحرم خمسة عشر من صفر فصار ذلك شهرًا صام ابتداء صوم الشهر الثاني من أثناء شهر أيضاً وهذا قول الزهري .

(فصل) فإن نوى صوم شهر رمضان عن الكفارة لم يجزئه عن رمضان ولا عن الكفارة وانقطع التتابع حاضراً كان أو مسافراً لأنه تخلل صوم الكفارة .

فطر غير مشروع ، وقال مجاهد وطاوس يجزئه عنهما . وقال أبو حنيفة إن كان حاضراً أجزأه عن رمضان دون الكفارة لأن تعيين النية غير مشروط لرمضان . وإن كان في سفر أجزأه عن الكفارة دون رمضان ، وقال أصحابه يجزئ عن رمضان دون الكفارة سفرأ وحضراً .

ولنا : أن رمضان متعين لصومه محرم صومه عن غيره فلم يجزئه عن غيره كيومي العيدين ، ولا يجزئ عن رمضان لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إنما الأعمال بالنيات وإنما لأمره ما نوى ، وهذا ما نوى رمضان فلا يجزئه ولا فرق بين الحضر والسفر ، لأن الزمان متعين وإنما جاز فطره في السفر رخصة فإذا تسكف وصام رجع إلى الأصل فإن سافر في رمضان المتخلل لصوم الكفارة وأفطر لم ينقطع التتابع لأنه زمن لا يستحق صومه عن الكفارة فلم ينقطع التتابع بفطره كالليل .

« مسألة ، قال (وإذا كان المظاهر عبداً لم يكفر إلا بالصيام وإذا صام فلا تجزئه إلا شهران متتابعان)

قد ذكرنا أن ظاهر العبد صحيح وكفارته بالصيام لأن الله تعالى قال (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين) والعبد لا يستطيع الاعتاق فهو كالحر المعسر وأسوأ منه حالا وظاهر كلام الحرقى أنه لا يجزئه غير الصيام سواء أذن له سيده في التكفير بالعتق أو لم يأذن وحكى هذا عن الحسن وأبي حنيفة والشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى إن أذن له سيده في التكفير بالمال جاز وهو مذهب الأوزاعي وأبي ثور لأنه يأذن سيده بصير قادراً على التكفير بالمال فجازه ذلك كالحر ، وعلى هذه الرواية يجوز له التكفير بالإطعام عند العجز عن الصيام وهل له العتق ؟ على روايتين .

إحداهما : وحكى هذا عن مالك وقال أرجو أن يجزئه الإطعام وأنكر ذلك ابن القاسم صاحبه وقال لا يجزئه إلا الصيام ، وذلك لأن العتق يقتضي الولاء والولاية والإرث وليس ذلك للعبد .

والرواية الثانية : له العتق وهو قول الأوزاعي واختارها أبو بكر لأن من صح تكفيره بالإطعام صح بالعتق ولا يمتنع صحة العتق مع انتفاء الإرث كما لو أعتق من

يُخالفه في دينه ولأن المقصود بالعتق إسقاط الملكية عن العبد وتمليك نفسه وتخلوصه من ضرر الرق وما يحصل من توابع ذلك ليس هو المقصود فلا يمنع من صحته ما يحصل منه المقصود لامتناع بعض توابعه .

ووجه الأولى : أن العبد مال لا يملك المال فيقع تكفيره بالمال بمال غيره . فلم يجزئه كما لو أعتق عبد غيره عن كفارته ، وعلى كلتا الروايتين لا يلزمه التكفير بالمال وإن أذن له سيده فيه لأن فرضه الصيام فلم يلزمه غيره كما لو أذن موسر لحر معسر في التكفير من ماله وإن كان عاجزاً عن الصيام فأذن له سيده في التكفير بما شاء من العتق والإطعام فإن له التكفير بالإطعام لأن من لا يلزمه الإعتاق مع قدرته على الصيام لا يلزمه مع عجزه عنه كالحر المعسر ، ولأن عليه ضرراً في التزام المنة الكبيرة في قبول الرقبة ولا يلزم مثل ذلك في الطعام لقلة المنة فيه ، وهذا فيما إذا أذن له سيده في التكفير قبل العود فإن عاد وجبت الكفارة في ذمته ثم أذن له سيده في التكفير انبني مع ذلك على أصل آخر وهو أن التكفير هل هو معتبر بحالة الوجوب أو بأغلظ الأحوال ، وسندكر ذلك إن شاء الله تعالى ، وعلى كل حال فإذا صام لا يجزئه إلا شهران متتابعان لدخوله في عموم قوله تعالى (فصيام شهرين متتابعين) ولأنه صوم في كفارة فاستوى فيه الحر والعبد ككفارة اليمين ، وبهذا قال الحسن والشعبي والنخعي والزهري والشافعي وإسحاق ولا نعلم لهم مخالفاً إلا ما روى عن عطاء أنه لو صام شهراً أجزاءه وقاله النخعي ثم رجع عنه إلى قول الجماعة .

(فصل) والاعتبار في الكفارة بحالة الوجوب في أظهر الروايتين وهو ظاهر كلام الحرق لآفته قال إذا حنث وهو عبد فلم يكفر حتى عتق فعليه الصوم لا يجزئه غيره وكذلك قال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسأل عن عبد حلف على يمين فحنث فيها وهو عبد فلم يكفر حتى عتق أي كفر كفارة حر أو كفارة عبد ؟ قال يكفر كفارة عبد لآفته إنما يكفر ما وجب عليه يوم حنث لا يوم حلف ، قلت له حلف وهو عبد وحنث وهو حر ؟ قال يوم حنث واحتج فقال افترى وهو عبد أي ثم أعتق . فإنما يجلد جلده العبد وهو أحد أقوال الشافعي ، فعلى هذه الرواية يعتبر يساره وإعساره حال وجوبها عليه فإن كان موسراً حال الوجوب استقر وجوب الرقبة عليه فلم

يسقط بإعساره بعد ذلك ، وإن كان معسراً ففرضه الصوم فإذا أيسر بعد ذلك لم يلزمه الانتقال إلى الرقبة .

والرواية الثانية : الاعتبار بأغلب الأحوال من حين الوجوب إلى حين التكفير فمضى وجد رقبة فيما بين الوجوب إلى حين التكفير لم يجزئه إلا الإعتاق وهذا قول ثان للشافعي لأنه حقيق يجب في الذمة بوجود مال فاعتبر فيه أغلظ الحالين كالحنج وله قول ثالث أن الاعتبار بحالة الأداء . وهو قول أبي حنيفة ومالك لأنه حق له بدل من غير جنسه فكان الاعتبار فيه بحالة الأداء كالوضوء .

ولنا : أن الكفارة تجب على وجه الطهارة فكان الاعتبار فيها بحالة الوجوب كالحد أو نقول من وجب عليه الصيام في الكفارة لم يلزمه غيره كالعبد إذا اعتق ويفارق الوضوء فإنه لو تيمم ثم وجد الماء بطل تيممه وههنا لو صام ثم قدر على الرقبة لم يبطل صومه وليس الاعتبار في الوضوء بحالة الأداء فإن أداه فعله وليس الاعتبار به وإنما الاعتبار بأداء الصلاة وهي غير الوضوء ، وأما الحج فهو عبادة العمر وجميعه وقت لها فمضى قدر عليه في جزء من وقته وجب بخلاف مسألتنا ثم يبطل ما ذكره بالعبد إذا اعتق فإنه لا يلزمه الانتقال إلى العتق مع ما ذكره ، فإن قيل : العبد لم يكن ممن تجب عليه الرقبة ولا تجزئه فلما لم تجزئه الزيادة لم تلزمه بتغير الحال بخلاف مسألتنا . قلنا هذا لا أثر له .

إذا ثبت هذا فإنه إذا أيسر فأحب أن ينتقل إلى الإعتاق جاز له في ظاهر كلام الحرقي فإنه قال ومن دخل في الصوم ثم قدر على الهدى لم يكن عليه الخروج إلا أن يشاء وهذا يدل على أنه إذا شاء فله الانتقال إليه ويجزئه إلا أن يكون الحائض عبداً فليس له إلا الصوم وإن عتق وهو قول الشافعي على القول الذي توافقنا فيه وذلك لأن العتق هو الأصل فوجب أن يجزئه كسائر الأصول ، فأما إن استمر به العجز حتى شرع في الصيام لم يلزمه الانتقال إلى العتق بغير خلاف في المذهب وهو مذهب الشعبي وقتادة ومالك والأوزاعي والليث والشافعي وأبي ثور وابن المنذر وهو أحد قول الحسن ، وذهب ابن سيرين وعطاء والنخعي والحكم وحماد والثوري وأبو عبيد وأصحاب الرأي إلى أنه يلزمه العتق لأنه قدر على الأصل قبل أداء فرضه بالبدل فلزمه العود إليه كالتيمم بجدة الماء قبل الصلاة أو في أثناءها .

ولنا : أنه لم يقدر على العتق قبل تلبسه بالصيام فلم يسقط عنه كما لو استمر العجز إلى بعد الفراغ ولا يشبه الوضوء فإنه لو وجد الماء بعد التيمم بطل وههنا بخلافه ولأنه وجد المبدل بعد الشروع في صوم البدل فلم يلزمه الانتقال إليه كالتمتع يجد الهدى بعد الشروع في صيام السبعة .

(فصل) إذا قلنا : الاعتبار بحالة الوجوب فوقته في الظهار زمن العود لا وقت المظاهرة لأن الكفارة لا تجب حتى يعود وقته في اليمين زمن الحنث لا وقت اليمين وفي القتل زمن الزهوق لا زمن الحرج ، وتقديم الكفارة قبل الوجوب تعجيل لها قبل وجوبها لوجود سببها كتعجيل الزكاة قبل الحول وبعد وجود النصاب .

(فصل) فإذا كان المظاهر ذمياً فتكفيره بالعتق أو الإطعام لأنه يصح منه في غير الكفارة فصح منه فيها ولا يجوز بالصيام لأنه عبادة محضة والكافر ليس من أهلها ولأنه لا يصح منه في غير الكفارة فلا يصح منه فيها ، ولا يجوز في العتق إلا عتق رقبة مؤمنة فإن كانت ملكة أو ورثها أجزاء عنه وإن لم يكن كذلك فلا سبيل له إلى شراء رقبة مؤمنة لأن الكافر لا يصح منه شراء المسلم . ويتعين تكفيره بالإطعام إلا أن يقول لمسلم أعتق عبدك عن كفارتى وعلى ثمنه فيصح في إحدى الروايتين ، وإن أسلم الذي قبل التكفير بالإطعام فحكمه حكم العبد يعتق قبل التكفير بالصيام على ما مضى لأنه في معناه ، وإن ظاهر وهو مسلم ثم ارتد فصام في رده عن كفارته لم يصح وإن كفر بعتق أو إطعام فقد اطلق أحد القول أنه لا يجوز ، وقال القاضي . المذهب أن ذلك موقوف فإن أسلم تبين أنه أجزاء وإن مات أو قتل تبين أنه لم يصح منه كسائر تصرفاته .

• مسألة ، قال (ومن وطئ قبل أن يأتي بالكفارة كان عاصياً وعليه الكفارة المذكورة)

قد ذكرنا أن المظاهر يحرم عليه وطئ زوجته قبل التكفير لقول الله تعالى في العتق والصيام (من قبل أن يتاسا) فإن وطئ عصى ربه لمخالفة أمره وتستقر الكفارة في ذمته فلا تسقط بعد ذلك بموت ولا طلاق ولا غيره وتحريم زوجته عليه باق بحاله حتى يكفر ، هذا قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن سعيد بن

المسيب وعطاء وطاوس وجابر بن زيد ومورق العجلي وأبي مجلز والنخعي وعبد الله بن أذينة ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي ثور ، وروى الحلال عن الصلت بن دينار قال : سألت عشرة من الفقهاء عن المظاهر يجامع قبل أن يكفر قالوا : ليس عليه إلا كفارة واحدة الحسن وابن سيرين وبكر المزني ومورق العجلي وعطاء وطاوس ومجاهد وعكرمة وقتادة وقال وكيع وأظن العاشر نافعاً ، وحكى عن عمرو بن العاص أن عليه كفارتين وروى ذلك عن قبيصة وسعيد بن جبير والزهرى وقتادة لأن الوطء يوجب كفارة والظهار موجب للآخرى ، وقال أبو حنيفة لا تثبت الكفارة في ذمته وإنما هي شرط للإباحة بعد الوطء كما كانت قبله . وحكى عن بعض الناس أن الكفارة تسقط لأنه فات وقتها لكونها وجبت قبل المسيس ولنا : حديث سلية بن صخر حين ظاهر ثم وطئ قبل التكفير ، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم بكفارة واحدة ، ولأنه وجد الظهار والعود في عموم قوله (ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) فأما قولهم : فات وقتها . فيبطل بما ذكرناه وبالصلاة وسائر العبادات يجب قضاؤها بعد فوات وقتها .

« مسألة ، قال (وإذا قالت المرأة لزوجها أنت على كظهر أبي لم تكن مظهرة ولزمتها كفارة الظهار لأنها قد أتت بالمنكر من القول والزور)

وجملة ذلك : أن المرأة إذا قالت لزوجها أنت على كظهر أبي أو قالت إن تزوجت فلانا فهو على كظهر أبي فليس ذلك بظهار ، قال القاضي لا تكون مظهرة رواية واحدة ، وهذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي . وقال الزهرى والأوزاعي هو ظاهر وروى ذلك عن الحسن والنخعي إلا أن النخعي قال إذا قالت ذلك بعد ما تزوج فليس بشيء ولعلمهم يحتجون بأنها أحد الزوجين ظاهر من الآخر فكان مظاهراً كالرجل .

ولنا : قول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) فخصهم بذلك ولأنه قول يوجب تحريماً في الزوجة يملك الزوج رفعه فاختص به الرجل كالطلاق ولأن الحل في المرأة حق للرجل فلم تملك المرأة إزالته كسائر حقوقه إذا ثبت هذا فاختلاف عن أحمد في الكفارة فنقل عنه جماعة عليها كفارة الظهار لما روى الأثرم بإسناده عن إبراهيم أن عائشة بنت طلحة قالت : إن تزوجت مصعب بن الزبير فهو على كظهر

أبي فسألت أهل المدينة فرأوا أن عليها الكفارة . وزوى على بن مسهر عن الشيباني قال : كنت جالسا في المسجد أنا وعبد الله بن مقبل المزني ، فجاء رجل حتى جلس إلينا فسأله من أنت ؟ فقال أنا مولى لعائشة بنت طلحة التي أعتقتني عن ظهارها خطبها مصعب بن الزبير ، فقالت هو علي كظهر أبي إن تزوجته ثم رغبت فيه فاستفتت أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم يومئذ كثير فأمروها أن تعق رقبة وتتزوجها فاعتقتني وتزوجته ، وروى سعيد هذين الخبرين مختصرين ولأنها زوج أتى بالمنكر من القول والزور فلزمه كفارة الظهار كالأخر ولأن الواجب كفارة يمين فاستوى فيها الزوجان كاليمين بالله تعالى . والرواية الثانية : ليس عليها كفارة وهو قول مالك والشافعي وإسحاق وأبي ثور ، لأنه قول منكر وزور ، وليس بظهار ، فلم يوجب كفارة كالسب والقذف ولأنه قول ليس بظهار فلم يوجب كفارة الظهار كسائر الأقوال أو تحريم مما لا يصح منه الظهار فأشبهه الظهار من أمته . والرواية الثالثة : عليها كفارة اليمين ، قال أحمد قد ذهب عطاء مذهبنا حسنا جعله بمنزلة من حرم على نفسه شيئا مثل الطعام وما أشبهه وهذا أقيس على مذهب أحمد وأشبهه بأصوله لأنه ليس بظهار وبمجرد القول من المنكر والزور لا يوجب كفارة الظهار بدليل سائر الكذب والظهار قبل العود والظهار من أمته وأم ولده ولأنه تحريم لا يثبت التحريم في المحل فلم يوجب كفارة الظهار كتحریم سائر الحلال ولأنه ظهار من غير أمراته فأشبهه الظهار من أمته وما روى عن عائشة بنت طلحة في عتق الرقبة فيجوز أن يكون إعتاقها تكفيرا ليمينها ، فإن عتق الرقبة أحد خصال كفارة اليمين ويتعين حمله على هذا لكون الموجد منها ليس بظهار وكلام أحمد في رواية الأثرم لا يقتضي وجوب كفارة الظهار إنما قال الاثحوط أن تكفر وكذا حكاه ابن المنذر ولا شك في أن الاثحوط التكفير بأغلظ الكفارات ليخرج من الخلاف ولكن ليس ذلك بواجب عليه لأنه ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص وإنما هو تحريم للحلال من غير ظهار . فأشبه ما لو حرم أمته أو طعامه وهذا قول عطاء والله أعلم .

(فصل) وإذا قلنا بوجوب الكفارة عليها فلا تجب عليها حتى يطأها وهي مطاوعة فإن طلقها أو مات أحدهما قبل وطئها أو إكراهها على الوطء فلا كفارة عليها لأنها

يمين فلا تجب كفارتها قبل الحنث فيها كسائر الأيمان ولا يجب تقديمها قبل المسيس
ككفارات سائر الأيمان ويجوز تقديمها لذلك وعليها تمكين زوجها من وطئها
قبل التكفير لأنه حق له عليها فلا يسقط يمينها ولائته ليس بظهار وإنما هو تحريم
للحلال فلا يثبت تحريماً كما لو حرم طعامه ، وحكى أن ظاهر كلام أبي بكر أنها
لا تمكنه قبل التكفير إلحاقاً بالرجل . وليس ذلك بجيد لأن الرجل الظاهر منه
صحيح ولا يصح ظهار المرأة ولأن الحل حق الرجل فملك رفعه والحل حق عليها
فلا تملك إزالته والله أعلم .

• مسألة ، قال (وإذا ظاهر من زوجته مراراً فلم يكفر فكفارة واحدة)

هذا ظاهر المذهب سواء كان في مجلس أو مجالس ينوى بذلك التأكيد أو الاستئناف
أو أطلق نقله عن أحمد جماعه . واختاره أبو بكر وابن حامد والقاضي وروى ذلك
عن علي رضي الله عنه ، وبه قال عطاء وجابر بن زيد وطاوس والشعبي والزهري
ومالك وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وهو قول الشافعي القديم ونقل عن أحمد فيمن
حلف أيماناً كثيرة ، فإن أراد تأكيد اليمين فكفارة واحدة ، ففهمه أنه إن نوى
الاستئناف فكفارتان ، وبه قال الثوري والشافعي في الجديد وقال أصحاب الرأي
إن كان في مجلس واحد فكفارة واحدة وإن كان في مجالس فكفارات وروى ذلك
عن علي وعمر بن دينار وقتادة لأنه قول يوجب تحريم الزوجة فإذا نوى الاستئناف
تعلق بكل مرة حكم حالها كالطلاق .

ولنا أنه قول لم يؤثر تحريماً في الزوجة فلم تجب به كفارة الظهار كاليمين بالله تعالى
ولا يخفى أنه لم يؤثر تحريماً فإنها قد حرمت بالقول الأول ولم يزد تحريمها ، ولأنه
لفظ يتعاق به كفارة فإذا كرره كفاه واحدة كاليمين بالله تعالى ، وأما الطلاق فما زاد
على ثلاث لا يثبت له حكم بالإجماع وبهذا ينتقض ما ذكره . وأما الثالثة فإنها تثبت تحريماً
زائداً وهو التحريم قبل زوج وإصابة بخلاف الظهار الثاني فإنه لا يثبت به تحريم فنظيره
ما زاد على الطلقة الثالثة لا يثبت له حكم فكذلك الظهار الثاني ، فأما إن كفر عن الأول
ثم ظاهر لزمته للثاني كفارة بلا خلاف لأن الظهار الثاني مثل الأول فإنه حرم الزوجة
المحلة فأوجب الكفاره كالأول بخلاف ما قبل التكفير .

(فصل) والنية شرط في صحة الكفار ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : إنما الأعمال بالنيات ، ولأن العتق يقع متبرعا به وعن كفارة أخرى أو نذر فلم ينصرف إلى هذه الكفارة إلا بنية وصفتها أن ينوي العتق أو الصيام أو الإطعام عن الكفارة فإن زاد الواجبة كان تأكيذاً وإلا أجزأت نيته الكفارة ، وإن نوى وجوبها ولم ينو الكفارة لم يحزته لأن الوجوب يتنوع عن كفارة ونذر فوجب تمييزه وموضع النية مع التكفير أو قبله بيسير وهذا الذي نص عليه الشافعي ، وقال به بعض أصحابه ، وقال بعضهم لا يجزىء حتى يستصحب النية وإن كانت الكفارة صياما اشترط نية الصيام عن الكفارة في كل ليلة لقوله عليه السلام : لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل ، وإن اجتمعت عليه كفارات من جنس واحد لم يجب تعيين سببها وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً فعلى هذا لو كان مظاهراً من أربع نساء فأعتق عبداً عن ظهاره أجزأه عن إحداهن وحلت له واحدة غير معينة لأنه واجب من جنس واحد فأجزأته نية مطلقة كما لو كان عليه صوم يومين من رمضان وقياس المذهب أن يقرع بينهما فتخرج بالقرعة المحللة منهن وهذا قول أبي ثور ، وقال الشافعي له أن يصرفها إلى أيتهن شاء فتحل وهذا يفرض إلى أنه يتخير بين كون هذه المرأة محللة له أو محرمة عليه وإن كان الظهار من ثلاث نسوة فأعتق عبداً عن إحداهن ثم صام شهرين متتابعين عن أخرى ثم مرض فأطعم ستين مسكينا عن أخرى أجزأه وحل له الجميع من غير قرعة ولا تعيين وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال أبو ثور يقرع بينهما فمن تقع لها القرعة فالعتق لها ثم يقرع بين الباقيتين فمن تقع لها القرعة فالصيام لها والإطعام عن الثالثة لأن كل واحدة من هذه الحصال لو انفردت احتاجت إلى قرعة فكذلك إذا اجتمعت .

ولنا : أن التكفير قد حصل عن الثلاث وزالت حرمة الظهار فلم يحتاج إلى قرعة كما لو أعتق ثلاثة أعبد عن ظهارهن دفعة واحدة ، فأما إن كانت الكفارة من أجناس كظهار وقتل وجماع في رمضان ويمين . فقال أبو الخطاب لا يفتقر إلى تعيين السبب . وهذا مذهب الشافعي لأنها عبادة واجبة فلم تفتقر صحتها أدائها إلى تعيين سببها كما لو كانت من جنس واحد ، وقال القاضي يحتمل أن يشترط تعيين سببها ولا تجزىء نية مطلقة وحكاها أصحاب الشافعي عن أحمد وهو مذهب أبي حنيفة

لأنهما عبادتان من جنسين فوجب تعيين النية لهما كما لو وجب عليه صوم من قضاء ونذر . فعلى هذا لو كانت عليه كفارة واحدة لا يعلم سببها فكفر كفارة واحدة أجزأه على الوجه الأول قاله أبو بكر ، وعلى الوجه الثاني ينبغي أن يلزمه التكفير بعدد أسباب الكفارات كل واحدة عن سبب كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عيبتها فإنه يلزمه خمس صلوات ، ولو علم أن عليه صوم يوم لا يعلم أمن قضاء هو أو نذر لزمه صوم يومين ، فإن كان عليه صوم ثلاثة أيام لا يدرى أهى من كفارة يمين أو قضاء أو نذر ؟ لزمه صوم تسعة أيام كل ثلاثة عن واحدة من الجهات الثلاث .

(فصل) وإذا كانت على رجل كفارتان فأعتق عنهما عبيدين لم يخل من أربعة أحوال . أحدها : أن يقول أعتقت هذا عن هذه الكفارة وهذا عن هذه فيجزئه إجماعاً .

الثاني : أن يقول أعتقت هذا عن إحدى الكفارتين وهذا عن الأخرى من غير تعيين فينظر فإن كانا من جنس واحد ككفارتى ظهار أو كفارتى قتل أجزأه ، وإن كانتا من جنسين كفارة ظهار وكفارة قتل خرج على الوجهين في اشتراط تعيين السبب إن قلنا يشترط لم يجزئه واحد منهما ، وإن قلنا لا يشترط أجزأه عنهما .

الثالث : أن يقول أعتقتهما عن الكفارتين فإن كانتا من جنس واحد أجزأ عنهما ويقع كل واحد عن كفارة ولأن عرف الشرع والاستعمال اعتاق الرقبة عن الكفارة . فإذا أطلق ذلك وجب حمله عليه وإن كانتا من جنسين خرج على الوجهين .

الرابع : أن يعتق كل واحد عنهما جميعاً فتكون معتقاً عن كل واحدة من الكفارتين نصف العبد فينبى ذلك على أصل آخر وهو إذا أعتق نصف رقتين عن كفارة هل يجزئه أو لا ؟ فعلى قول الخرقى يجزئه لأن الاشتقاق بمنزلة الأشخاص فيما لا يمنع منه العيب اليسير ، بدليل الزكاة فإن من ملك نصف ثمانين شاة كان بمنزلة من ملك أربعين ولا تلزم الاضحية فإنه يمنع منه العيب اليسير

وقال أبو بكر وابن حامد لا يجزئه وهو قول مالك وأبي حنيفة لأن ما أمر بصرفه إلى شخص في الكفارة لم يجز قهره على اثنين كالمدة في الإطعام ولأصحاب الشافعي

كهذين الوجهين ولحم وجه ثالث وهو أنه إن كان باقيهما حراً أجزأ وإلا فلا لأنه متى كان باقيهما حراً حصل تكميل الأحكام والتصرف ، وخرجه القاضى وجهاً لنا أيضاً إلا أن للمعترض عليه أن يقول إن تكميل الأحكام ما حصل بعق هذا وإنما حصل بانضمامه إلى عتق النصف الآخر فلم يجزئه فإذا قلنا لا يجزىء عتق النصفين لم يجزىء فى هذه المسألة عن شيء من الكفارتين ، وإن قلنا يجزىء وكانت الكفارتان من جنس أجزأ العتق عنهما وإن كانتا من جنسين فقد قيل يخرج على الوجهين . والصحيح أنه يجزىء وجهاً واحداً لأن عتق النصفين عنهما كعتق عبيدين عنهما .

(فصل) ولا يجوز تقديم كفارة الظهار قبله لأن الحكم لا يجوز تقديمه على سببه فلو قال لعبد أنت حر الساعة عن ظهارى إن ظهرت عتق ولم يجزئه عن ظهاره إن ظاهر لأنه قدم الكفارة على سببها المختص فلم يجز كما لو قدم كفارة النمين عليها أو كفارة القتل على الجرح ، ولو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت على كظهر أمتى لم يجز التكفير قبل دخول الدار لأنه تقديم لكفارة قبل الظهار فإن أعتق عبداً عن ظهاره ثم دخلت الدار عتق العبد وصار مظاهراً ولم يجزئه لأن الظهار معلق على شرط فلا يوجد قبل وجود شرطه ، وإن قال لعبد إن ظهرت فأنت حر عن ظهارى ثم قال لامرأته أنت على كظهر أمتى عتق العبد لوجود الشرط ، وهل يجزئه عن الظهار فيه وجهان .

أحدهما : يجزئه لأنه عتق بعد الظهار وقد نوى اعتاقه عن الكفارة .

والثانى : لا يجزئه لأن عتقه مستحق بسبب آخر وهو الشرط ، ولأن النية لم توجد عند العتق والنية عند التعليق لا تجزىء لأنه تقديم لها على سببها ، وإن قال لعبد إن ظهرت فأنت حر عن ظهارى فالحكم فيه كذلك لأنه تعليق لعتقه على المظاهرة .

(تم الجزء السابع والحمد لله)
وبليه الثامن إن شاء الله

يظهر قريبا

فتح البيان

في مقاصد القرآن

للسيد الامام المجتهد المحقق الهام المؤيد
من مولاة القدير الباري

لقد ربي حسن بن علي
المتوفى سنة ١٣٠٧

(يصدر إن شاء الله في عشرة أجزاء ويصدر
الجزء الأول في أكتوبر سنة ١٩٦٥ إن شاء الله)

الناشر

عبد الرحمن بن علي بن محمد

(فهرس الجزء السابع من المغنى)

- ٢ إعلان النكاح ٤ ما يستحب في النكاح ٥ الجمع بين الزوجات ٦ التسرى للعبد
- ٨ متى طلق الحر أو العبد لا يتزوج أختها
- ٩ لو أسلم زوج المجوسية أو الوثنية - إذا أعتق أم الولد أو أمة لا يتزوج أختها
- ١٠ نكاح أمة في عدة حرة - تزوج أخت من زنا بها
- ١٠ من خطب امرأة فزوج غيرها ١٣ شرط الإقامة في البلد عند الزواج
- ١٤ إذا اشترطوا عند العقد أن لا يتزوج عليها ١٥ الشروط الباطلة
- ١٦ نكاح المتعة باطل ١٧ النظر الى من سيتزوج بها ١٨ النظر من ذوات المحارم
- ٢٠ نظر العبد والغلام الى سيده ٢٢ من يباح له النظر الى الاجانب
- ٢٦ نظر الرجل الرجل والمرأة المرأة ٢٧ نظر المرأة الرجل
- ٢٨ من زوج أمة وشرط أن تكون عنده بالنهار ٢٩ اختيار ذات الدين
- ٣١ من يحرم من نكاحها ٣٥ ما يحرم من الرضاع . لبن الفحل محرم
- ٣٦ الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها حرام
- ٣٨ ما يحرم على من عقد ولم يدخل . بنات المحرمات
- ٣٩ من زنا بامرأة حرمت على أبيه وابنه ٤٠ أضرب الوطء
- ٤٠ الزنا في القبل والدبر يوجب التحريم ٤٢ وطء الميتة كاللحبة
- ٤٢ المباشرة دون الفرج ٤٣ النظر الى الفرج
- ٤٤ الخلوة تنشر حرمة أم لا . تزوج أختين في عقد يفسده
- ٤٦ تزوج أخت وأجنبية ، حكمه ٤٧ إذا اشترى أختين فأصاب إحداهما
- ٤٨ إن وطأ أمته الأختين معاً ٤٩ وطء الأمة يحرم نكاح أختها
- ٥٠ عمة الأمة وخالتها كذلك
- ٥٠ من كانت زوجة رجل وابنته من غيرها يجوز الجمع بينهما
- ٥٢ حرائر نساء أهل الكتاب وذبايحهم ٥٣ حرائر نساء المجوس
- ٥٤ أحد الأبوين كتابي والآخر وثني ٥٥ إذا تزوج كتابية فانتقلت الى دين آخر

- ٥٧ أمته الكتابية والمجوسية ٥٨ زواج المسلم أمة كتابيه
- ٥٨ زواج الحر المسلم أمة مسلمة ٦١ متى عقد عليها وفيه الشرطان
- ٦١ كم ينكح من الاماء ؟ ٦٣ نكاح الزانية
- ٦٦ من خطب امرأة فلم تسكن إليه ٦٨ خطبة الرجل على خطبة أخيه
- ٦٩ لو عرض لها وهي في العدة ٧١ حالات في نكاح العبد ويحرم عليه نكاح سيده
- ٧٤ أنكحة أهل الشرك ٧٨ إذا أسلم أحد الزوجين ٧٩ اختلاف الزوجين
- ٨٠ لو نكح أكثر من أربع يختار ٨٢ صفة الاختبار وحالاته
- ٨٦ لو أسلم وتحتة أختان اختار واحدة ٨٧ إن كانتا أمًا وبنات فأسلم وأسلمتا
- ٨٨ لو أسلم عبد وتحتة زوجتان ٨٩ لو أسلم عبد وتحتة أربع
- ٩٢ لو أسلم وتحتة إماء وحررة ٩٣ إذا تزوجها وهما كتابيان فأسلم
- ٩٤ ما سمى لها وهما كافران ٩٧ أحكام النكاح الصحيح للكفار
- ٩٨ لو تزوجها وهما مسلمان فارتدت ٩٩ ارتداد الزوجين أو أحدهما
- ١٠٠ إذا زوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته
- ١٠٢ تسمية الصداق ١٠٣ جواز المتعة ١٠٤ لو تزوجها وفي نيتة ان يطلقها
- ١٠٥ ان شرط عليه أل يعطها الزوج ١٠٨ اذا عقد المحرم نكاحا
- ١٠٩ الجنون والجذام والبرص في الزواج ١١٠ (العيوب المجوزة للفسخ :
- ١١٣ الفسخ قبل الميسر ١١٦ السكنى والنفقة
- ١١٧ عتق الأمة وزوجها عبد أو حر ١١٨ العتق قبل الخيار أو الوطاء
- ١٢١ ان كانت لنفسين فاعتق أحدهما ١٢٢ ان اختارت المقام معه
- ١٢٥ (العنين والخصى غير المجهوب) ١٢٦ ادعاء المرأة أن زوجها عنين
- ١٢٨ ان قال : عنت أنى عنين ١٢٩ ان رضيت به عنيها
- ١٣٠ ان وصل اليها مرة ١٣١ ان جب قبل الحول
- ١٣٢ ان زعم الوصول اليها — اختلاف الزوجين في الادعاء
- ١٣٤ الختنى المشكل ١٣٥ الاصابة بعد الحرية والبلوغ بنكاح يوجب الرجم اذازنيا
- ١٣٦ (كتاب الصداق)
- ١٣٧ صداق البالغة والصغيرة ١٣٨ لا يغلى الصداق ١٣٩ ما يجوز صداقا

- ١٤٥ اذا تزوجها على عبد فخرج حراً ١٤٧ الصداق المعلوم
- ١٤٩ التعجيل والتأجيل ١٥٠ من تزوج على محرم
- ١٥٢ من تزوجها على ألف لها وألف لآيها ١٥٤ اذا أصدقها عبدا فكبر
- ١٥٦ لو خالع امرأته ١٥٧ ان كانت العين تالفة
- ١٥٩ الصداق كالبيع لا يتصرف فيه قبل القبض ١٦٢ الاختلاف في الصداق
- ١٦٤ ان أنكر الصداق ١٦٧ اذا تزوجها بغير صداق فطلقها
- ١٦٩ من لها نصف المهر لا متعة لها ١٧٠ المتعة واجبة
- ١٧١ الموسع والمقتدر في المتعة ١٧٢ لو طالبت قبل الدخول بتحديد المهر
- ١٧٤ الدخول بالمرأة قبل الاعطاء ٧٥: لو مات أحدهما قبل الاصابة ورثه صاحبه
- ١٧٦ وجوب مهر المثل ١٧٨ الخلو به بعد العقد
- ١٨١ وجوب الصداق بأشياء ١٨٢ عقدة النكاح بيد الزوج
- ١٨٩ نفقة الزوجية : شروطها ١٩٢ الزواج على صداقين سر وعلانية
- ١٩٥ الجمع بين نكاح وبيع ١٩٧ الزيادة في الصداق
- ١٩٨ ان أصدقها غنما أو بهيمة فتوالدت
- ٢٠١ ان أصدقها أرضا فبنتها دارا ثم طلقها قبل الدخول ٢٠٢ حالات في الصداق
- ٢٠٥ الفرقة قبل الدخول اذا كانت من جهة المرأة
- (كتاب الولية)
- ٢٠٧ الولية لمن تزوج ٢٠٩ اجابة من دعوى ٢١٠ ان لم يحب أن يطعم
- ٢١١ ولية فيها معصية ٢١٣ صنعة التصاوير — دخول منزل فيه صورة
- ٢١٤ متر الحيطان ٢١٥ الدف وآنية الذهب ٢١٦ دعوة الختان لا تجب
- ٢١٧ النثار مكروه ٢١٨ ان قسم على الحاضرين ٢١٩ خلط المسافرين أزوادهم
- (آداب الطعام)
- ٢١٩ ما يستحب عند الأكل ٢٢٣ كتاب عشرة النساء والخلع
- ٢٢٤ اذا تزوج امرأة مثلها يوطأ — اجبار الزوجة على الغسل
- ٢٢٥ منع الزوجة من الخروج ٢٢٦ خدمة الزوجة زوجها
- ٢٢٦ وطأ الزوجة في الدبر ٢٢٨ العزل مكروه

آداب الجماع

- ٢٣١ المساواة بين الزوجين في القسم ٢٣٤ الوطء واجب على الرجل
 ٢٣٦ التسوية بين النساء في النفقة — عماد القسم الليل
 ٢٣٧ الدخول على الضرة في وقت ضررتها
 ٢٣٩ لو وطئ زوجته ولم يطا الأخرى . القسم للأمة والحرة
 ٢٤٣ إذا سافرت زوجته بإذنه ٢٤٤ إذا أراد سفراً أقرع يدهن
 ٢٤٧ إذا أعرس عند بكر ٢٤٨ زفاف امرأتين في ليلة واحدة مكروه
 ٢٤٩ إذا ظهر منها ما يخاف معه نشوزها ٢٥٠ تأديبها
 ٢٥١ الزوجان إذا وقعت بينهما العداوة

(كتاب الخلع)

- ٢٥٤ المرأة إذا كانت مبغضة للرجل ٢٥٥ ما يأخذ منها
 ٢٥٦ لو خالعت بغير ما ذكر ٢٥٧ إن عضل زوجته وضارها
 ٢٥٨ إذا خالع زوجته بعوض ٢٥٩ الخلع فسخ
 ٢٦٠ ألفاظ الخلع ٢٦١ لا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق
 ٢٦٢ الرجعة في الخلع — الشرط في الخلع
 ٢٦٤ إذا قالت له اخلعني على ما في يدي — الخلع على مجهول
 ٢٦٦ إذا خالعت على رضاع ولده ٢٦٧ إن خالعتها على كفالة ولده
 ٢٦٨ الغرض في الخلع ٢٦٩ إن خالعتها على غير عوض
 ٢٧٠ لو خالعتها على ثوب فخرج معيها ٢٧١ الطلاق المعلق
 ٢٧٤ إن خالعتها على عبد أو محرم ٢٧٦ تعليق الطلاق
 ٢٧٧ إن لم يبق من طلاقها إلا واحدة ٢٨١ إذا خالعت الأمة بغير إذن
 ٢٨٣ المكاتب والمحجور عليها ٢٨٥ الخلع مع الأجنبية
 ٢٨٦ ألفاظ في الطلاق — ما خالع العبد به زوجته من شيء
 ٢٨٧ طلاق الأب زوجة ابنه ٢٨٨ إذا خالعت المرأة في مرض موتها
 ٢٨٩ لو خالعتها في مرض موته ٢٩٠ لو خالعت بمحرم
 ٢٩١ التوكيل في الخلع ٢٩٣ الاختلاف في الخلع ٢٩٤ إن علق طلاق امرأته بصفة

(كتاب الطلاق)

- ٢٩٦ أضرب الطلاق ٢٩٧ طلاق السنة ٢٩٩ الطلاق للبدعة
 ٣٠٠ المراجعة ٣٠١ لو طلقها ثلاثا ٣٠٤ لو طلق اثنتين
 ٣٠٤ اذا قال . أنت طالق للسنة وكانت حاملا أو طاهرا
 ٣٠٥ اذا قال : أنت طالق للبدعة وهي في طهر
 ٣٠٩ لو قال لها وهي حائض : أنت طالق للسنة
 ٣١٠ ان قال : أنت طالق أحسن طلاق
 ٣١١ طلاق الحرج — طلاق الزائل العقل
 ٣١٢ طلاق السكران ٣١٤ طلاق الصبي ٣١٥ الاكراه على الطلاق وكيفيته
 (باب تصريح الطلاق وغيره)
 ٣١٨ الفاظ الطلاق ٣٢١ الطلاق في الغضب ٣٢٣ كتابات الطلاق
 ٣٣٠ صريح الطلاق ٣٣١ وقوع خطأ بين الزوجة وأجنبية
 ٣٣٤ لو قيل له ألك امرأة ؟ فقال لا ٣٣٥ اذا وهب زوجته لاهلها
 ٣٣٦ اذا قال لها أمرك بيدك ٣٣٧ ان قالت اخترت نفسي فواحدة
 ٣٣٩ ان طلقت نفسها ثلاثا — اذا جعله في يد غيرها
 ٣٤١ لو خيرها فهو على الفور ٣٤٤ اختيارها أكثر من واحدة
 ٣٤٨ اذا قال . أنت علي حرام — الظهار ٣٥١ اذا طلقها بلسانه واستثنى بقلبه
 ٣٥٣ الاستثناء في الطلاق ٣٥٧ اذا جعل زمانا ظرفا في الطلاق
 ٣٦٥ اذا قال : اذا طلقك فأنت طالق ٣٦٩ الحلف بالطلاق
 ٣٧٢ الطلاق والعناق ٣٧٤ تعليق الطلاق على طلاق
 ٣٧٦ تعليق الطلاق ٣٧٨ ان قال . ان لم أطلقك فأنت طالق
 ٣٧٩ وطء الزوجة قبل فعل ما حلف عليه
 ٣٨٢ ان قال : كلما لم أطلقك فأنت طالق
 ٣٨٢ الحروف المستعملة للشرط وتعليق الطلاق
 (فصول في تعليق الطلاق)
 ٤١٢ اذا قال : أنت طالق اذا قدم فلان فقدم به ميتا

- ٤١٤ اذا قال : أنت طالق أنت طالق ٤١٧ اذا قال : أنت طالق أنت طالق
أنت طالق ٤٢٠ اذا طلق ثلاثا وهو ينوى واحدة
٤٢١ اذا طلق واحدة وهو ينوى ثلاثا ٤٢٢ ان قال الطلاق يلزمى
٤٢٣ وقوع الطلاق بغير لفظ الطلاق ٤٢٤ كناية الطلاق
٤٢٥ ثبوت الكتاب بالطلاق : شروطه
٤٢٦ (باب الطلاق بالحساب) ٤٢٩ طلاق الشعر أو الظفر
٤٣٠ اذا لم يدر أطلق أم لا ٤٣١ ان طلق ولم يدر عدد الطلقات
٤٣٢ الحلف بالطلاق ٤٣٤ اذا قال : احدا كن طالق ولم يعين
٤٣٦ طلاق واحدة من النساء ثم نسبها ٤٣٩ موت الرجل أو احدى النساء الطوالق
٤٤٠ طلاق احدى النساء ٤٤٢ لو طلقها وأنكر
٤٤٣ من طلق زوجة ثم تزوجت غيره ٤٤٧ صيغ مختلفة فى الطلاق
٤٥١ نية الخالف وتأويله (كتاب الرجعة)
٤٥٤ الزوجة غير المدخول بها ٤٥٦ شروط الحل للأول ٥٨ الطلاق أقل من ثلاث
٤٥٩ رضى المرأة فى الرجعة لا يشترط ٤٦٠ ما للعبد بعد الواحدة
٤٦٠ لو كانت حاملا باثنين فوضعت أحدهما
٤٦٢ ما هى المراجعة وكيف تحصل ٤٦٥ انقضاء العدة قبل الرجعة
٤٦٩ الاختلاف فى الاصابة ٤٧٠ ادعاء الزوج والزوجة
٤٧٠ اذا طلقها ثم طلقها ثانية قبل العدة — ان خالعا ثم نكحها
٤٧٢ وطء الرجعية ٤٧٣ الاشهاد على المراجعة
٤٧٤ اذا قالت انها تزوجت آخر ثم طلقت
(كتاب الايلاء)
٤٧٦ شروط الايلاء ٤٧٩ تعليق الايلاء ٤٩٠ عن يصح الايلاء
٤٩٢ اللفاظ التى يكون بها موليا ٤٩٥ ان مضت أربعة أشهر ورافته
٥٩٦ ابتداء المدة . وطء العاقل ناسيا ليمينه ٤٩٨ المطالبة بالقيئة
٥٠٠ القيسة الجماع ٥٠٣ العذر الذى لا يمكن معه الجماع
٥٠٥ متى قدر ولم يفعل ٥٠٦ ان رفض الطلاق . الطلاق الواجب على المولى

٥٠٧ ان طلق عليه ثلاثا . ان طلق واحدة وراجع

٥٠٩ لو وقفناه بعد الاربعة أشهر . لو آلى منها فلم يصيبها

٥١١ لو آلى منها واختلفا في المدة

(كتاب الظهار)

٥١ من يصح ظهاره ومن لا يصح : ٥١٤ من شبه بظهر أمه أو امرأة أجنبية

٥١٥ من شبه بظهر أبيه أو غيره من الرجال ٥٢١ ما يحرم على المظاهر

٥٢٢ متى يصح الظهار . تعليق الظهار ٥٢٤ ان مات أو ماتت

٥٢٧ ان ظاهر امرأة أجنبية ثم تزوجها ٥٢٨ لو قال أنت على حرام

٥٢٩ لو ظاهر من زوجته وهي أمة ٥٣٠ لو تظاهر من أربع نسائه

٥٣١ الكفارة - عتق الرقبة - صيام شهرين - ان أفطر من عذر ومن غير عذر

ان أصابها في ليالي الصوم - اطعام ٦٠ مسكينا وما لكل مسكين

٥٤٣ كيفية الاطعام وجنسه ومستحقه - لو أعطى مسكينا مدين من كفارتين

٥٤٥ القيمة في الكفارة لا تجزئ ٥٤٧ صيام الظهار من أول شعبان وأول الحجة

٥٤٨ نية شهر رمضان عن الكفارة ٥٤٩ اذا كان المظاهر عبدا

٥٥٢ اذا كان المظاهر ذميا - من وطئ قبل الكفارة

٥٥ ان قالت امرأة لزوجها : انت على كظهر ابني

٥٥٤ وجوب الكفارة عليها ٥٥٥ اذا ظاهر من زوجته مرارا

٥٥٦ النية في الكفارة ٥٥٧ ان كان على رجل كفارتين

فضيحة كبرى

لا ندري من الذي كان يشرف على تصحيح الطبعة الثانية من المغنى ، فكل يوم

نقف له على جمل جديد .

واليوم ضبطنا انه وضع فيه في (الجزء التاسع ص ١٢٣) ، باب الحضانة ، وهو

من كتاب الشرح الكبير ونسى انه انما يطبع كتاب المغنى . وقد سبق وضع هذا

الباب في مكانه الطبيعي من المغنى (ج ٧ ص ٦١٢ طبعة ثانية)

الجزء الثامن من :

المعنى

أوسع ما ظهر في الفقه الإمامي مع الترجيح بين الأقوال بالدليل

لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

المتوفى سنة ٦٢٠ هـ

على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الحرق

بتصحيح الدكتور

محمد خليل هرايهر

المدرس بكلية أصول الدين

مطبعة الامام ١٢ شارع قرقول المنشية بالقلعة بمصر

كتاب اللعان

قال رحمه الله تعالى : وهو مشتق من اللعن لأن كل واحد من الزوجين يلعن نفسه في الخامسة إن كان كاذبا ، وقال القاضي سمي بذلك لأن الزوجين لا ينفكان من أن يكون أحدهما كاذبا فتحصل اللعنة عليه ، وهي الطرد والابعاد ، والاتصل فيه قول الله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود الا أنفسهم) الآيات ، وروى سهل بن سعيد الساعدي ، أن عويمرا العجلاني أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا فيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قد أنزل الله فيك وفي صاحبك فاذهب فأت بها .

قال سهل : فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلما فرغا قال عويمر : كذبت عليهما يا رسول الله إن أمسكنما ، فطلقها ثلاثا بحضرة رسول الله صلى الله عليه وسلم ^(١) ، متفق عليه ، وروى أبو داود بإسناده ، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : جاء هلال بن أمية وهو أحد الثلاثة الذين تاب الله عليهم لجاء من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلا قرأ بعينه وسمع بأذنيه فلم يهجه حتى أصبح ثم غدا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله أتى جئت أهلي فوجدت عندهم رجلا قرأت بعني وسمعت بأذني فذكره رسول الله (ص) ما جاء به واشتد عليه فأتت والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود الا أنفسهم فشهادة أحدهم (الآيتين كليهما ، فسرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أشرب يا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا .

قال هلال : قد كنت أرجو ذلك من ربي تبارك وتعالى . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أرسلوا اليها . فأرسلوا اليها . فتلاها عليهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكرهما وأخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا

(١) في نسخة : قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم ،

وقال هلال : والله لقد صدقت عليها ، فقالت كذب ، فقال رسول الله (ص) :
 لا عنوا بينهما ، فقبل لهلال : اشهد فشهد أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين ،
 فلما كانت الخامسة قيل يا هلال اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة
 وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب ، فقال : والله لا يعذبني الله عليها
 كما لم يحلني عليها فشهد الخامسة أن لعنة الله عليه أن كان من الكاذبين ، ثم قيل لها
 اشهدي فشهدت أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين فلما كانت الخامسة قيل لها
 اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وإن هذه الموجبة التي
 توجب عليك العذاب فلكات ساعة ثم قالت والله لا أفصح قومي فشهدت الخامسة
 أن غضب الله عليها أن كان من الصادقين ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم
 بينهما وقضى أن لا بيت لها عليه ولا قوت ، من أجل أنهما يتفرقان من غير
 طلاق ولا متوفى عنها . وقال إن جاءت به أصيب أريضخ أثيبج حمش الساقين
 فهو لهلال ، وإن جاءت به أورق جعداً جمالها خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو
 للذي رميت به ، فجاءت به أورق جعداً جمالها خدلج الساقين سابغ الاليتين ، فقال
 رسول الله (ص) : لولا الإيمان لكان لي ولها شأن .

قال عكرمة : فكان بعد ذلك أميراً على مصر وما يدعى لاب ، ولأن الزوج
 يتلى بقذف امرأته لينفى العار والنسب الفاسد وتعتذر عليه البيه لجعل اللعان
 بينه له ، ولهذا لما نزلت آية اللعان قال النبي صلى الله عليه وسلم : أبشر يا هلال
 فقد جعل الله لك فرجاً ومخرجاً .

مسألة ، قال أبو القاسم رحمه الله (وإذا قذف الرجل زوجته البالغة الحرة
 المسلمة فقال لها زني أو يا زانية أو رأيتك تزني ولم يأت بالبيته لزمه الحد ،
 إن لم يلتعن ، مسلماً كان أو كافراً حراً أو عبداً)

الكلام في هذه المسألة في فصول :

أحدها : في صفة الزوجين اللذين يصح اللعان بينهما ، وقد اختلفت الرواية
 فيهما فروى أنه يصح من كل زوجين مكلفين سواء كانا مسلمين أو كافرين أو
 عدلين أو فاسقين أو محدودين في قذف أو كان أحدهما كذلك ، وبه قال سعيد

ابن المسيب وسليمان بن يسار والحسن وربيعة ومالك وإسحاق ، قال أحمد في رواية ابن منصور : جميع الأزواج يلتعنون الحر من الحرية والأمة إذا كانت زوجة ، وكذلك العبد من الحرية والأمة إذا كانت زوجة ، وكذلك المسلم من اليهودية والنصرانية ، وعن أحمد رواية أخرى : لا يصح اللعان إلا من زوجين مسلمين عدلين حرين غير محدودين في قذف ، وروى هذا عن الزهري والثوري والأوزاعي وسناد وأصحاب الرأي ، وعن مكحول ليس بين المسلم والذمية لعان ؛ وعن عطاء والنخعي في المحدود في القذف يضرب الحد ولا يلعان ، وروى فيه حديث لا يثبت ، كذلك قال الشافعي والساجي ، لأن اللعان شهادة بدليل قوله سبحانه (ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم) فاستثنى أنفسهم من الشهداء : وقال تعالى (فشهادة أحدهم أربع شهادات فلا يقبل ممن ليس من أهل الشهادة ، وإن كانت المرأة ممن لا يحسد بقذفها لم يجب اللعان لأنه يراد لإسقاط الحد بدليل قوله تعالى (ويدرا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله) ولا حد ههنا فينتفى اللعان لانتفائه .

وذكر القاضي في المجرد أن من لا يجب الحد بقذفها وهي الأمة والذمية ، والمحدودة في الزنا لزوجها لعانها لنفي الولد خاصة وليس له لعانها لإسقاط القذف والتعزير لأن الحد لا يجب واللعان إنما يشرع لإسقاط حد أو نفي ولد فإذا لم يكن واحد منهما لم يشرع اللعان .

ولنا : عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) الآية ، ولأن اللعان يمين فلا يفتقر إلى ما شرطوه كسائر الأيمان . ودليل أنه يمين قوله صلى الله عليه وسلم « لولا الأيمان لكان لي ولها شأن ، وأنه يفتقر إلى اسم الله تعالى ويستوى فيه الذكر والأنثى .

وأما تسميته شهادة فلقوله في يمينه « أشهد بالله » فسمى ذلك شهادة وإن كان يميناً كما قال الله تعالى : إذا جاءك المنافقون قالوا نشهد أنك لرسول الله (ولأن الزوج يحتاج إلى نفي الولد فيشرع له طريقاً إلى نفيه كما لو كانت امرأته ممن يحسد بقذفها ، وهذه الرواية هي المنصوصة عن أحمد في رواية الجماعة ، وما يخالفها شاذ في النقل .

وأما قول الخرقى : إذا قذف زوجته البالغة الحرة المسلمة ، فيحتمل أنه بشرط هذا لوجوب الحد عليه لا لتقى اللعان . ويحتمل أن يكون هذا شرطاً عنده في المرأة لتكون ممن يجب عليه الحد بقذفها فينفيه باللعان ولا يشترط في الزوج شيء من ذلك لأن الحد يجب عليه بقذف المحصنة وإن كان ذمياً أو فاسقاً ، فأما قوله : مسلماً كان أو كافراً ، ففيه نظر لأنه أوجب عليه بقذف زوجته المسلمة ، والكافر لا يكون زوجاً لمسلمة فيحتاج إلى تأويل لفظه بحمله على أحد شيئين . أحدهما : أنه أراد أن الزوج يلاعن زوجته ، وإن كان كافراً فرد ذلك إلى اللعان لا إلى الحد . الثاني : أنه أراد ما إذا أسلمت زوجته فقذفها في عدتها ثم أسلم الزوج فإنه يلاعن .

(فصل) ولا فرق بين كون الزوجة مدخولاً بها أو غير مدخول بها في أنه يلاعنها ، قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من علماء الأمصار منهم عطاء والحسن والشامي والنخعي وعمرو بن دينار وقتادة ومالك وأهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي بظاهر قول الله تعالى (والذين يرمون أزواجهن) فإن كانت غير مدخول بها فلها نصف الصداق لأنها فرقة منه ، كذلك قال الحسبي وسعيد بن جبير وقتادة ومالك . وفيه رواية أخرى . لا صداق لها لأن الفرقة حصلت بلعانهما جميعاً . فأشبه الفرقة لعيب في أحدهما .

(فصل) فإن كان أحد الزوجين غير مكلف فلا لعان بينهما لأنه قول نحصل به الفرقة ولا يصح من غير مكلف كالطلاق أو يمين فلا تصح من غير المكلف كسائر الأيمان ، ولا يخلو غير المكلف من أن يكون الزوج أو الزوجة أو هما ، فإن كان الزوج فله حالان .

أحدهما : أن يكون طاملاً . والثاني . أن يكون بالغاً زائلاً العقل ، فإن كان طفلاً لم يصح منه القذف ولا يلزمه به حد لأن القلم مرفوع عنه ، وقوله غير معتبر وإن أتت امرأته بولد نظرنا فإن كان لدون عشر سنين لم يلحقه الولد ويكون منفياً عنه لأن العلم يحيط به بأنه ليس منه ، فإن أتته عز وجل لم يجز العادة بأن يولد له لدون ذلك فينتفى عنه كما لو أتت به المرأة لدون ستة أشهر منذ تزوجها . وإن كان ابن عشر فصاعداً فقال أبو بكر لا يلحق به إلا بعد البلوغ أيضاً .

لأن الولد لا يخلق إلا من ماء الرجل والمرأة ولو أنزل ليلغ ، وقال ابن حامد يلحق به ، قال القاضي وهو ظاهر كلام أحمد ، وهذا مذهب الشافعي ، لأن الولد يلحق بالامكان ، وإن خالف الظاهر ، ولهذا لو أتت بولد لسته أشهر من حين المقد لحق بالزوج ، وإن كان خلاف الظاهر ، وكذلك يلحق به إذا أتت به لأربع سنين مع ندرته ، وليس له نفيه في الحال حتى يتحقق بلوغه بأحد أسباب البلوغ فله نفي الولد واستلحاقه .

فإن قيل : فإذا ألحقتم به الولد فقد حكتم ببلوغه فهل سمعتم نفيه ولعانه ؟ قلنا إلحاق الولد يكفي فيه الامكان والبلوغ لا يثبت إلا بسبب ظاهر ولأن إلحاق الولد به حق عليه واللعان حق له فلم يثبت مع الشك ، فإن قيل : فإن لم يكن بالغاً انتفى عنه الولد ، وإن كان بالغاً انتفى عنه اللعان ، قلنا : إلا أنه لا يجوز أن يبتدىء التيمين مع الشك في صحتهما فسقطت للشك فيها .

الثاني : إذا كان زائل العقل لجنون فلا حكم لقذه لأن القلم عنه مرفوع أيضا وإن أتت امرأته بولد فنسبه لاحق لامكانه ولا سبيل إلى نفيه مع زوال عقله فإذا عقل فله نفي الولد حيثئذ واستلحاقه ، وإن ادعى أنه كان ذاهب العقل حين قذفه وأنكرت ذلك ولا جدما بينة بما قال ثبت قوله ، وإن لم يكن لواحد منهما بينة ولم يكن له حالة علم فيها زوال عقله فالقول قولها مع يمينها لأن الأصل والظاهر الصحة والسلامة ، وإن عرفت له حالة جنون ولم تعرف له حالة إفاقة فالقول قوله مع يمينه ، وإن عرفت له حالة جنون وحالة إفاقة ففيه وجهان .

أحدهما القول قولها . قال القاضي هذا قياس قول أصحابنا في الملفوف إذا ضربه فقده ثم ادعى أنه كان ميتا ، وقال الولي كان حيا .

والوجه الثاني : أن القول قوله لأن الأصل برائة ذمته من الحمد فلا يجب بالشك ، ولأن الحمد يسقط بالشبهة : ولا يشبه هذا الملفوف لأن الملفوف قد علم أنه كان حيا ، ولم يعلم منه ضد ذلك ، فنظيره في مسألتنا أنه يعرف له حالة إفاقة ولا يعلم منه ضدها ، وفي مسألتنا قد تقدم له حالة جنون فيجوز أن تكون قد استمرت إلى حين قذفه ؛ وأما إن كانت الزوجة غير مكلفة فقذفها الزوج نظرنا فإن كانت طفلة لا يجامع مثلها فلا حد على قاذفها لأنه قول يتيقن كذبه فيه وبرائة

عرضها منه فلم يجب به حد كما لو قال أهل الديلم ذنابة ولكنه يعزى للسب لا للقذف فلا يحتاج في التعزير إلى مطالبة لأنه مشروع لتأديبه وللإمام فعله إذا رأى ذلك فإن كانت يجمع مثلها كإبنة تسع سنين فعليه الحد وليس لوليها ولا لها المطالبة به حتى تبلغ فإذا بلغت فطالبت فلها الحد وله إسقاطه باللعان وليس له لعانها قبل البلوغ لأن اللعان يراد لإسقاط الحد أو نفي الولد ولا حد عليه قبل بلوغها ولا ولد فينفيه، فإن أتت بولد حكم ببلوغها لأن الحمل أحد أسباب البلوغ ولا بد أن لا يكون إلا من نطفتها فمن ضرورته انزالها وهو من أسباب بلوغها، وإن قذف امرأته المجنونة بزنا أضافه إلى حال إفاقتها أو قذفها وهي عاقلة ثم حث لم يكن لها المطالبة ولا لوليها قبل إفاقتها لأن هذا طريقه التشفى فلا ينوب عنه الولي فيه كالقصاص فإذا أفادت فلها المطالبة بالحد وللزوج إسقاطه باللعان فإن أراد لعانها في حال جنونها ولا ولد ينفيه لم يكن له ذلك لعدم الحاجة إليه لأنه لم يتوجه عليه حد فيسقطه ولا نسب فينفيه، وإن كان هناك ولد يريد نفيه فالذي يقتضيه المذهب أنه لا يلاعن ويلحقه الولد لأن الولد إنما ينتفى باللعان من الزوجين وهذه لا يصح منها لعان. وقد نص أحمد في الحرساء أن زوجها لا يلاعن فهذه أولى.

وقال الحرق في العاقلة لا يعرض له حتى تطالبه زوجته، وهذا قول أصحاب الرأي لأنها أحد الزوجين فلم يشرع اللعان مع جنونه كالزوج ولأن لعان الزوج وحده لا ينتفى به الولد فلا فائدة في مشروعيته.

وقال القاضي: له أن يلاعن لنفي الولد لأنه يحتاج إلى نفيه فشرع له طريق إلى نفيه، وقال الشافعي: له أن يلاعن وظاهر مذهبه أن له لعانها مع عدم الولد لدخوله في عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) ولأنه زوج مكلف قاذف لامرأته التي يولد لمثلها فكان له أن يلاعنها كما لو كانت عاقلة.

(فصل) فأما الآخرس والحرساء فإن كانا غير معلومي الإشارة والكتابة فهما كالمجنونين فيما ذكرناه لأنه لا يتصور منهما لعان ولا يعلم من الزوج قذف ولا من المرأة مطالبة، وإن كانا معلومي الإشارة والكتابة فقد قال أحمد إذا كانت المرأة خرساء لم تلاعن لأنه لا تعلم مطالبتهما، وحكاه ابن المنذر عن أحمد وأبي عبيد وأصحاب الرأي، وكذلك ينبغي أن يكون في الآخرس وذلك لأن

اللعان لفظ يقتصر الى الشهادة فلم يصح من الاخرس كالشهادة الحقيقية ، ولأن الحد يدرأ بالشبهات والشهادة لنسبه صريحة كالنطق فلا يخلو من احتمال وتردد فلا يجب الحد بها كما لا يجب على أجنبي بشهادته .

وقال القاضي وأبو الخطاب هو كالناطق في قذفه ولعانه ، وهو مذهب الشافعي لأنه يصح طلاقه فصيح قذفه ولعانه كالناطق ، ويفارق الشهادة لأنه يمكن حصولها من غيره فلم تدع الحاجة الى الاخرس ، وفي اللعان لا يحصل إلا منه فدعت الحاجة الى قبوله منه كالطلاق والاول أحسن ، لأن موجب القذف وجوب الحد وهو يدرأ بالشهادة ، ومقصود اللعان الأصلي نفى النسب وهو يثبت بالامكان مع ظهور انتفاءه فلا ينبغي أن يشرع ما ينفيه ، ولا ما يوجب الحد مع الشبهة العظيمة ولذلك لم تقبل شهادته ، وقولهم : ان الشهادة تحصل من غيره . قلنا : قد لا نحصل إلا منه لاختصاصه برؤية المشهود له أو إسماعه إياه .

فصل

فإن قذف الاخرس أو لاعن ثم تكلم فأنكر القذف واللعان لم يقبل انكاره للقذف ، لأنه قد تعلق به حق لغيره بحكم الظاهر فلا يقبل انكاره له ويقبل انكاره اللعان فيها عليه غيطالب بالحد ويلحقه للنسب ولا تعود الزوجية ، فإن قال : أنا لاعن للحد ونفى النسب كان له ذلك لأنه إنما لزمه بإقراره أنه لم يلاعن فإذا أراد أن يلاعن كان له ذلك .

(فصل) فإن قذفها وهو ناطق ثم خرس وأيس من نطقه لحكمه حكم الأصلي وإن رجع عود نطقه وزوال خرسه انتظر به ذلك ويرجع في معرفة ذلك الى قول عدلين من أطباء المسلمين ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، وذكر بعضهم أنه يلاعن في الحالين بالإشارة لأن أمانة بنت أبي العاص أصحمت فقيل لها لفلان كذا ولفلان كذا ؟ فأشارت أن نعم فأروا أنها وصية ، وهذا لا حجة فيه لأنه لم يذكر من الراوى لذلك ولم يعلم أنه قول من قوله حجة ولا علم هل كان ذلك لخرس يرجي زواله أو لا ؟ وقال أبو الخطاب : ويمن اعتقل لسانه وأيس من نطقه هل يصح لعانه بالإشارة ؟ على وجهين :

(فصل) وكل موضع لا لعان فيه فالنسب لاحق فيه ويحب بالقذف موجب من الحد والتعزير إلا أن يكون القاذف صبيها أو مجنوناً فلا ضرب فيه ولا لعان كذلك قال الثوري ومالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم .

الفصل الثاني : أنه لا لعان بين غير الزوجين فإذا قذف أجنبية محصنة حد ولم يلابس ، وإن لم تكن محصنة عزز ولا لعان أيضاً ولا خلاف في هذا ، وذلك لأن الله تعالى قال (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) ثم خص الزوجات من عموم هذه الآية بقوله (والذين يرمون أزواجهن) ففيما عداهن يبقى على قضية العموم ، وإن ملك أمة ثم قذفها فلا لعان سواء كانت فراشاً له أو لم تكن ولا حد عليه بقذفها ويعزر فإن أتت بولد نظرنا فإن لم يعترف بوطئها لم يلحقه نسبه ولم يحتاج إلى نفيه ، وإن اعترف بوطئها صارت فراشاً له وإذا أتت بولد لمدة الحمل من يوم الوطء لحقه ، وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال الثوري وأبو حنيفة لا تصير فراشاً له حتى يقر بولدها فإذا أقر به صارت فراشاً له ولحقه أولادها بعد ذلك لأنها لو صارت فراشاً بالوطء اصابته فراشاً بإباحته كالزوجة .

ولنا أن سعداً نازع عبد بن زمعة في ابن وليدة زمعة فقال هو أخي وابن وليدة أبي ولد علي فراشه فقال النبي صلى الله عليه وسلم : هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر ، متفق عليه .

وروى ابن عمر عن عمر رضي الله عنه قال : ما بال رجال يطؤون ولائهم ثم يعزلونهن لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أنه ألم بها إلا ألحقت به ولدها فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا ولأن الوطء يتعلق به تحريم المصاهرة فإذا كان مشروعاً صارت به المرأة فراشاً كالنكاح ولأن المرأة إنما سميت فراشاً تجاوزاً عما مضاجعته لها على الفراش وإما لكونها تحته في حال المجامعة وكلا الأمرين يحصل في الجماع وقياسهم الوطء على الملك لا يصح ، لأن الملك لا يتعلق به تحريم المصاهرة ولا يحصل منه الولد بدون الوطء ويفارق النكاح فإنه لا يراد للوطء ويتعلق به تحريم المصاهرة ولا ينعقد في محل يحرم الوطء فيه كالمجوسية والوثنية وذواتي محارمه .

إذا ثبت هذا : فإن أراد نقي ولد أمته أن يلحقه ولدها فطريقه أن يدعى أنه استبرأها بعد ولادته لها بحضنة فينتفى بذلك ، وإن ادعى أنه كان يعزل عنها لم ينتفى عنه بذلك لما روى جابر قال : جاء رجل من الانصار الى رسول الله (ص) فقال ان لي جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمل فقال : اعزل عنها ان شئت فإنه سيأتيها ما قدر لها ، قال : فلبث الرجل ثم أتاه فقال ان الجارية قد حملت قال : قد أخبرتك أنه سيأتيها ما قدر لها ، رواه أبو داود .

وروى عن أبي سعيد أنه قال : كنت أعزل عن جاريتي فولدت أحب الخلق الى - يعني ابنه - ولحديث عمر الذي ذكرناه ولأنه حكم تعلق بالوطء فلم يعتبر معه الانزال كسائر الأحكام ، وقد قيل انه ينزل من الماء مالا يحس به وإن أقر بالوطء دون الفرج أو في الدبر لم تصر بذلك فراشا لأنه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص ولأنه ينتفى عنه الولد بدعوى الاستبراء إذا أتت به بعد الاستبراء بدة الحمل مهنا أولى .

وروى عن أحمد أنها نصير فراشا لأنه قد يحامع ويسبق الماء الى الفرج ، ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين وإذا ادعى الاستبراء قبل قوله بغير يمين في أحد الوجهين لأن من قبل قوله في الاستبراء قبل بغير يمين كالمرأة تدعى انقضاء عدتها وفي الآخر يستحلف ، وهو مذهب الشافعي لعموم قوله عليه السلام : ولكن اليمين على المدعى عليه ، ولأن الاستبراء غير مختص به فلم يقبل قوله فيه بغير يمين . كسائر الحقوق بخلاف العدة ومتى لم ينزع الاستبراء لحقه ولدها ولم ينتفى عنه ؛ وقال الشافعي في أحد قولي له نفية باللعان لأنه لم يرض به فاشبه ولد المرأة .

ولنا قوله تعالى : والذين يرمون أزواجهم نخص بذلك الأزواج ولأنه ولد يلحقه نسبه من غير الزوجة فلم يملك نفية باللعان كالأوطى . أجنبية بشبهة فاللحقت المرأة ولدها به ولأن له طريقا الى نقي الولد بغير اللعان فلم يحتاج الى نفية باللعان فلا يشرع ولأنه إذا وطئ أمته ولم يستبرئها فانت بولد احتمال أن يكون منه فلم يجز له نفية لكون النسب يلحق بالامكان فكيف مع ظهور وجود سببه ؛ ولو ادعى الاستبراء فانت برادين فأقر بأحدهما ونفى الآخر لحقاه معا لأنه لا يمكن

جعل أحدهما منه والآخر من غيره وهما حمل واحد ولا يجوز نفى الولد المقر به عنه مع اقراره به فوجب إلحاقهما به معاً ، وكذلك ان أنت أمتة التي لم يعترف بوطنها بتوأمين فاعترف بأحدهما ونفى الآخر .

(فصل) وإذا نكح امرأة نكاحاً فاسداً ثم قذفها وبينهما ولد يريد نفيه فله أن يلاعن لنفيه ولا حد عليه ، وإن لم يكن بينهما ولد حد ولا لعان بينهما ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة . يلحقه الولد وليس له نفيه ولا اللعان لأنها أجنبية فأشبهت سائر الاجنبيات أو إذا لم يكن بينهما ولد .

ولنا أن هذا ولد يلحقه بحكم عقد النكاح فكان له نفيه كما لو كان النكاح صحيحاً ويفارق إذا لم يكن ولد فإنه لا حاجة إلى القذف لكونها أجنبية ويفارق سائر الاجنبيات لأنه لا يلحقه ولدهن فلا حاجة به إلى قذفهن ويفارق الزوجة فإنه يحتاج إلى قذفها مع عدم الولد لكونها خاتمة وغازطة وأفسدت فراشه فإذا كان له منها ولد فالحاجة موجودة فيهما وإذا لاعن سقط الحد لأنه لعان مشروع لنفى الحد فاسقط الحد كاللعان في النكاح الصحيح وهل يثبت التحريم المؤبد ؟ فيه وجهان : أحدهما : يثبت لأنه لعان صحيح أشبه لعان الزوجة .

والثاني : لا يثبت لأن الفرقه لم تحصل به فإنه لا نكاح بينهما يحصل قطعه به بخلاف لعان الزوجة فإن الفرقه حصلت به ولو لاعنها من غير ولد لم يسقط الحد ولم يثبت التحريم المؤبد لأنه لعان فاسد فلم تثبت أحكامه وسواء اعتقد أن النكاح صحيح أو لم يعتقد ذلك لأن النكاح في نفسه ليس بشكاح صحيح فأشبه ما لو لاعن أجنبية يظنها زوجته .

(فصل) فلو أبان زوجته ثم قذفها بزنا أضافه إلى حال الزوجية فهي كالمسالة قبلها إن كان بينهما ولد يريد نفيه فله أن ينعن باللعان وإلا حد ولم يلاعن ، وبهذا قال مالك والشافعي .

وقال أبو حنيفة : يحد ويلحقه الولد ولا يلاعن ، وهو قول عطاء ووجه المذهبين ما تقدم في التي قبلها ، وقال عثمان البتي : له أن يلاعن ، وإن لم يكن بينهما ولد ، وروى عن ابن عباس والحسن : أنه يلاعنها لأنه قذف مضاف إلى حال الزوجية أشبه ما لو كانت زوجته .

ولنا : انه اذا كان يبتها ولد فيه حاجة الى القذف فشرع كما لو قذفها وهي زوجته ، واذا لم يكن له ولد فلا حاجة به اليه ، وقد قذفها وهي أجنبية فأشبهه ماله لم يصفه إلى حال الزوجية ، ومتى لاعنها لتفي ولدها انتفى وسقط عنه الحد ، وفي ثبوت التحريم المؤبد وجهان وهل له أن يلاعنها قبل وضع الولد ؟ فيه وجهان . أحدهما له ذلك ، لأن من كان له لعانها بعد الوضع كان له لعانها قبله كالزوجة والثاني ليس له ذلك ، وهو ظاهر قول الخرقي ، لأن الولد عنده لا ينتفى في حال الحمل ، ولأن اللعان إنما يثبت ههنا لأجل الولد فلم يجوز أن يلاعن إلا بعد تحققه بوضعه بخلاف الزوجه ، فإنه يجوز لعانها مع عدم الولد ، وهكذا الحكم في نفى الحمل في النكاح الفاسد .

(فصل) إذا اشترى زوجته الأمة ثم أقر بوطنها ثم أتت بولد لسته أشهر كان لاحقاً به ولم ينتف عنه إلا بدعوى الاستبراء ، لأنه ملحق به بالوطء في الملك دون النكاح لكون الملك حاضراً فصار كالزوج الثاني يلحق به الولد ، وإن أمكن أن يكون من الأول ، وإن لم يكن أقر بوطنها أو أقر به فأتت بولد لدون ستة أشهر منذ وطئ كان ملحقاً بالنكاح إن أمكن ذلك وله نفية باللعان ، وهل يثبت هذا اللعان التحريم المؤبد ؟ على وجهين :

(فصل) إذا قذف مطلقته الرجعية فله لعانها ، سواء كان بينهما ولد أو لم يكن . قال أبو طالب . سألت أبا عبد الله عن الرجل يطلق تطلقته أو تطلقتهين ثم يقذفها قال . قال ابن عباس : لا يلاعن ويحلد ، وقال ابن عمر : يلاعن مادامت في العدة قال وقول ابن عمر أجود لأنها زوجته وهو يرثها وترثه فهو يلاعن ، وبهذا قال جابر بن زيد والنخعي والزهرى وقتادة والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وروى ذلك عن ابن عمر لأن الرجعية زوجة فكان له لعانها كما لو لم يطلقها .

(فصل) وإن قذف زوجته ثم أبانها فله لعانها . نص عليه أحمد ، سواء كان له ولد أو لم يكن . وروى ذلك عن ابن عباس : وبه قال الحسن والقاسم بن محمد ومكحول ومالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر . وقال الحارث

العسلى وجابر بن زيد وقتادة والحكم : يجلد . وقال حماد بن أبى سليمان وأصحاب
الرأى : لا حد ولا لعان : لان اللعان انما يكون بين الزوجين وليس هذان
بزوجين ؛ ولا يحد لانه لم يقذف أجنبية .

ولنا قول الله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) وهذا قد رعى زوجته فيدخل
في عموم الآية ، واذا لم يلاعن وجب الحد بعموم قوله (والذين يرمون المحصنات
ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) ولانه قاذف لزوجته فوجب أن
يكون له أن يلاعن كما لو كانا على النكاح الى حالة اللعان .

(فصل) وان قالت قذفتى قبل أن يتزوجنى وقال بل بعده ، أو قالت قذفتى
بعد ما بنت منه وقال بل قبله فالقول قوله ، لأن القول قوله في أصل القذف
فكذلك في وقته . وان قالت أجنبية قذفتى ، فقال : كنت زوجتى حينئذ فأنكرت
الزوجية فالقول قولها لان الأصل عدما .

(فصل) ولو قذف أجنبية ثم تزوجها فعليه الحد ولا يلاعن . لانه وجب
في حال كونها أجنبية فلم يملك اللعان من أجله كما لو لم يتزوجها ، وان قذفها بعد
تزوجها بزنا أضافه الى ما قبل النكاح حد ولم يلاعن ، سواء كان ثم ولد أو لم يكن
وهو قول مالك وأبى ثور ، وروى ذلك عن سعيد بن المسيب والشعبي ، وقال
الحسن وزرارة بن أبى أوفى وأصحاب الرأى : له أن يلاعن لانه قذف امرأته
فيدخل في عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) ولانه قذف امرأته فأشبهه
ما لو قذفها ولم يصفه الى ما قبل النكاح .

وحكى الشريف أبو جعفر عن أحمد رواية أخرى كذلك ، وقال الشافعى : ان
لم يكن ثم ولد لم يلاعن وان كان بينهما ولد فقبه وجهان :

ولنا أنه قذفها قذفا مضافا الى حال البينونة ، أشبه ما لو قذفها وهى بائن ،
وفارق قذف الزوجة لانه محتاج اليه لانها غاظته وخائته : وان كان بينهما ولد فهو
محتاج الى نفيه ، وهما اذا تزوجها وهو يعلم زناها فهو المفترط في نكاح حامل من
الزنا فلا يشرع له طريق الى نفيه .

(فصل) ولو قال لامرأته أنت طالق ثلاثا بإزائية ، فنقل منها قال : سألت

أحمد عن رجل قال لامرأته أنت طالق يا زانية ثلاثا فقال : يلاعن : قلت : انهم يقولون يحد ولا يلزمها الا واحدة ، قال : بنس ما يقولون فهذا يلاعن لأنه قذفها قبل المحكم يدينونها فأشبه قذف الرجعية .

وأما في المسألة الاولى . فإن كان بينهما ولد فإنه يلاعن لنفيه والا حد ولم يلاعن لأنه يتعين إضافة القذف الى حال الزوجية لاستحالة الزنا منها بعد طلاقه لها فصار كأنه قال لها بعد إباتها : زנית إذ كنت زوجتي على ما قررناه .

الفصل الثالث : ان كل قذف للزوجة يجب به اللعان سواء قال لها زנית أو رأيتك تزنين سواء كان القاذف أعمى أو بصيراً ، نص عليه أحمد ، وبهذا قال الثوري والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور ، وهو قول عطاء ، وقال يحيى الأنصاري وأبو الزناد ومالك : لا يكون اللعان الا بأحد أمرين : إما رؤية ، وإما إنكار للحمل ، لأن آية اللعان نزلت في هلال بن أمية وكان قال : رأيت بعني وسمعت بأذني فلا يثبت اللعان الا في مثله .

ولنا قول الله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) الآية ؛ وهذا رام لزوجته فيدخل في عموم الآية ؛ ولأن اللعان معنى يتخلص به من موجب القذف فيشرع في حق كل رام لزوجته كالبينة والأخذ بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب ثم لم يعملوا به في قوله ، وسمعت بأذني وسواء قذفها بزنا في القبل أو في الدبر ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يثبت اللعان بالقذف بالوطء في الدبر وبناء على أصله في أن ذلك لا يجب به الحد .

ولنا أنه رام لزوجته بوطء في فرجها فأشبه ما لو قذفها بالوطء في قبلها ، وأما ان قذفها بالوطء دون الفرج أو بشيء من الفواحش غير الزنا فلا حد عليه ولا لعان لأنه قذفها بما لا يجب به الحد فلم يثبت به الحد واللعان كما لو قذفها بضرب الناس وأذاهم .

الفصل الرابع : أنه إذا قذف زوجته المحصنة وجب عليه الحد وحكم بفسقه ورد شهادته الا أن يأتي ببينة أو يلاعن فإن لم يأت بأربعة شهداء أو امتنع من اللعان لزمه ذلك كله ، وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة : يجب اللعان دون الحد فإن أبي حبس حتى يلاعن لان الله تعالى قال (والذين يرمون أزواجهم

ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات (الآيات ، فلم يوجب بقذف الأزواج إلا اللعان .

ولنا قول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون) وهذا عام في الزوج وغيره ، وإنما خص الزوج بأن أقام لعانه مقام الشهادة في نفي الحد والفسق وزد الشهادة عنه . وأيضاً قول النبي (ص) «البينة وإلا حد في ظهرك» وقوله لما لعن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، ولأنه قاذف يلزمه الحد لو أكذب نفسه فلزمه إذ لم يأت بالبينة المشروعة كالأجنبي .

فأما إن قذف غيرها كالكتايب والأمة والمجنونة والطفلة فإنه يجب عليه التعزير بذلك لأنه أدخل عليهم المعرة بالقذف ولا يحد لمن حداً كاملاً لنقصانهم بذلك ، ولا يتعلق به فسق ولا رد شهادة لأنه لا يوجب الحد .

قال القاضي : وليس له إسقاط هذا التعزير باللعان ، لأن اللعان إما لنفي النسب أو لدرء الحد وليس ههنا واحد منهما . وقال الشافعي له إسقاطه باللعان لأنه إذا ملك إسقاط الحد الكامل باللعان فإسقاط ما دونه أولى ، وللقاضي أن يقول لا يلزم من مشروعيته لدفع الحد الذي يعظم ضرره مشروعيته لدفع ما يقل ضرره ، كما لو قذف طفلة لا يتصور وطؤها ، فإنه يعزر تعزير السب والأذى ، وليس له إسقاطه باللعان كذا ههنا ، وأما أن كان لأحدهما ولد يريد نفيه فقال القاضي له أن يلعن لنفيه ، وهذا قول الشافعي وهو ظاهر كلام أحمد في الأمة والكتايب سواء كان لهما ولد أو لم يكن ، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى .

«مسألة ، قال (ولا يعرض له حتى تطالبه زوجته)»

يعني لا يعرض له بإقامة الحد عليه ولا طلب اللعان منه حتى تطالبه زوجته بذلك ، فإن ذلك حق لها فلا يقام من غير طلبها كسائر حقوقها ، وليس لوليها المطالبة عنها إن كانت مجنونة أو محجوراً عليها ، ولا لولي الصغيرة وسيد الأمة المطالبة بالتعزير من أجلهما : لأن هذا حق ثبت للتشفي فلا يقوم الغير فيه مقام

المستحق كالفصاح ، فإن أراد الزوج اللعان من غير مطالبة نظرنا فإن لم يكن هناك نسب يريد نفيه لم يكن له أن يلاعن ، وكذلك كل موضع سقط فيه الحد ، مثل أن أقام البينة بزناها أو أبرأته من قذفها أو حد لها ثم أراد لعانها ولا نسب هناك ينفي فإنه لا يشرع اللعان ؛ وهذا قول أكثر أهل العلم ، ولا نعلم فيه مخالفاً إلا بعض أصحاب الشافعي قالوا له الملائنة لإزالة الفراش ، والصحيح عندهم مثل قول الجماعة لأن إزالة الفراش تمكنه بالطلاق ، والتجريم المؤبد ليس بمقصود يشرع اللعان من أجله ، وإنما حصل ذلك ضمناً .

فأما أن كان هناك ولد يريد نفيه فقال القاضي : له أن يلاعن انفيه ، وهذا مذهب الشافعي ، لأن هلال بن أمية لما قذف امرأته وأتى النبي (ص) فأخبره أرسل اليها فلاعن بينهما ولم تكن طالبة ، ولأنه محتاج إلى نفيه فشرع له طريق إليه ، كما لو طالبت ، ولأن نفي النسب الباطل حق له فلا يسقط برضاها به ، كما لو طالبت باللعان ورضيت بالولد . ويحتمل أن لا يشرع اللعان هنا كما لو قذفها بصدقته وهو قول أصحاب الرأي لأنه أحد موجبي القذف فلا يشرع مع عدم المطالبة كالحد . (فصل) وإذا قذفها ثم مات قبل لعانها أو قبل إتمام لعانه سقط اللعان وتحقق الولد وورثته في قول الجميع ، لأن اللعان لم يوجد فلم يثبت حكمة ، وإن مات بعد أن أكمل لعانه وقبل لعانها فكذلك ، وقال الشافعي : تبين بلعانه ويسقط التوارث وينتفي الولد ويلزمها الحد إلا أن تلتعن .

وأما أنه مات قبل إكمال اللعان ، أشبه ما لو مات قبل إكمال التعانه ، وذلك لأن الشرع إنما رتب هذه الأحكام على اللعان التام ، والحكم لا يثبت قبل إكمال سببه وإن ماتت المرأة قبل اللعان فقد ماتت على الزوجية ويرثها في قول عامة أهل العلم وروى عن ابن عباس : إن التعن لم يرث ، ونحو ذلك عن الشعبي وعكرمة ، لأن اللعان يوجب فرقة تبين بها فيمنع التوارث ، كما لو التعن في حياتها .

ولنا أنها ماتت على الزوجية فورثها كما لو لم يلتعن ولأن اللعان سبب الفرقة فلم يثبت حكم بعد موتها كالطلاق ، وفارق اللعان في الحياة فإنه يقطع الزوجية ، على

أنا قد ذكرنا أنه لو لاغنها ولم تلتعن هي لم تنقطع الزوجية أيضا فهنا أولى ، فإن قيل : أليس قد قلنا لو التعن من الولد الميت ونفاه لم يرثه فكذلك الزوجة ؟ قلنا لو التعن الزوج وحده دونها لم ينتف الولد ولم يثبت حكم اللعان على ما ذكرنا ، ثم الفرق بينهما أنه إذا نفى الولد تبينا أنه لم يكن منه أصلا في حال من الأحوال ، والزوجة قد كانت امرأته فيما قبل اللعان ، وإنما يزيل نكاحها اللعان كما يزِيل الطلاق ، وإذا مات قبله فقد مات قبل وجود ما يزِيله فيكون موجوداً حال الموت فيوجب التوارث وينقطع بالموت فلا يمكن انقطاعه مرة أخرى ، وإن أراد الزوج اللعان ولم تكن طالبت بالحد في حياتها لم يكن له أن يلتعن ، سواء كان ثم ولد يريد نفية أو لم يكن .

وقال الشافعي : إن كان ثم ولد يريد نفية فله أن يلتعن ، وهذا ينبنى على أصل وهو أن اللعان إنما يكون بين الزوجين ، فإن لعان الرجل وحده لا يثبت به حكم وعندم بخلاف ذلك ، فأما إن كانت طالبت بالحد في حياتها فإن أولياءها يقومون في الطلب به مقامها ، فإن طُلب به فله إسقاطه باللعان . ذكره القاضي وإلا فلا لأنه لا حاجة إليه مع عدم الطلب فإنه لا حد عليه ؛ وقال أصحاب الشافعي : إن كان للمرأة وارث غير الزوج فله اللعان ليسقط الحد عن نفسه وإلا فلا لعدم الحاجة إليه .

(فصل) وإذا مات المقدوف قبل المطالبة بالحد سقط ولم يكن لورثته الطلب به ، وقال أصحاب الشافعي يورث وإن لم يكن طالب به لقول النبي (ص) من ترك حقا فلورثته ، ولأنه حق ثبت له في الحياة يورث إذا طالب به فيورث وإن لم يطالب به كحق القصاص .

ولنا أنه حد تعتبر فيه المطالبة فإذا لم يوجد الطلب من المالك لم يجب ، كحد القطع في السرقة ، والحديث يدل على أن الحق المتروك يورث وهذا ليس بمتروك . وأما حق القصاص فإنه حق يجوز الاعتياض عنه وينقل إلى المال بخلاف ما نحن فيه ، فأما إن طالب به ثم مات فإنه ترثه العصباء من النسب دون غيرهم لأنه حق يثبت لدفع العار فاختص به العصباء كولاية النكاح ، وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي ، ومتى ثبت للعصباء فلم يستيفأوه وإن طلب أحدهم وحده فله استيفأوه

وإن عني بعضهم لم يسقط وكان للباقيين استيفاءؤه، ولو بقي واحد كان له استيفاء جميعه لأنه حق يراد للردع والزجر فلم يتبعض كسائر الحدود ولا يسقط بإسقاط البعض لأنه يراد لدفع العار عن المقدوف، وكل واحد من العصابات يقوم مقامه في استيفائه فيثبت له جميعه كولاية النكاح ويفارق حق القصاص، لأن ذلك يفوت إلى بدل، ولو أسقطناه هنا لسقط حق غير العافي إلى غير بدل، فعلى هذا لو قذف امرأته فماتت بعد المطالبة ولها أحد من عصاباتا غيره فله استيفاءؤه، وإن كان زوجها عصبته وليس لها أحد سواه سقط، وإن كان لها من عصبته غيره فله الطلب به ولا يسقط بما ذكرنا من أنه يكمل لكل واحد بخلاف القصاص.

(فصل) وإذا قذف امرأته وله بينة تشهد بزناها فهو مخير بين لعانها وبين إقامة البينة لأنهما ينتان فكانت له الخيرة في إقامة أيتهما شاء، كمن له بدين شاهدان وشاهد وامرأتان، ولأن كل واحدة منهما يحصل بها مالا يحصل بالآخرى، فإنه يحصل باللعان نفى النسب الباطل ولا يحصل ذلك بالبينة، ويحصل بالبينة ثبوت زناها وإقامة الحد عليها ولا يحصل باللعان، فإن لاعنها ونفى ولدها ثم أراد إقامة البينة فله ذلك، فإذا أقامها ثبت موجب اللعان وموجب البينة، وإن أقام البينة أولا ثبت الزنا وموجبه ولم ينتف عنه الولد فإنه لا يلزم من الزنا كون الولد منه، وإن أراد لعانها بعد ذلك وليس بينهما ولد يريد نفيه لم يكن له ذلك لأن الحد قد انتفى عنه بإقامة البينة فلا حاجة إليه، وإن كان بينهما ولد يريد نفيه فعلى قول القاضى له أن يلاعن، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى.

(فصل) وإن قذفها فطالبت بالحد فأقام شاهدين على اقرارها بالزنا سقط عنه الحد لأنه ثبت تصديقها إياه ولم يجب عليها الحد؛ لأن الحد لا يجب إلا بالاقرار أربع مرات ويسقط بالرجوع عن الاقرار، وهل يثبت الاقرار بالزنا بشاهدين؟ قال أبو بكر: فيه قولان، أحدهما: يثبت بشاهدين كسائر الاقارير واختاره. والثاني لا يثبت لأنه لا يثبت به المقر به فلا يثبت به الاقرار به كرجل وامرأتين وإن لم تكن له بينة حاضرة، فقال لى بينة غائبة أقيمها على الزنا، أمهل اليومين والثلاثة لأن ذلك قريب، فإن أتى بالبينة والا حد إلا أن يلاعن إذا كان زوجها فإن قال قذفتها وهى صغيرة فقالت قذفتى وأنا كبيرة وأقام كل واحد منهما بينة بما

قال فهما قذفان ، وكذلك ان اختلفا في الكفر والرق أو الوقت لانه لا تنافي بينهما
الا ان يكونا مؤرخين تاريخا واحدا فيسقطان في أحد الوجهين وفي الآخر يقرع
بينهما فمن خرجت قرعته قدمت بينته .

(فصل) فإن شهد شاهدان انه قذف فلانة وقذفنا لم تقبل شهادتهما لاعترافهما
بعداوته لهما وشهادة العدو لا تقبل على عدوه ، فإن أبرأه وزالت العداوة ثم شهدا
عليه بذلك القذف لم تقبل لانها ردت للتهمة فلم تقبل بعد كالفاسق اذا شهد. فردت
شهادته لفسقه ثم تاب وأعادها ، ولو انها ادعيا عليه انه قذفهما ثم أبرأه وزالت
العداوة ثم شهدا عليه بقذف زوجته قبلت شهادتهما لانها لم يردا في هذه الشهادة
ولو شهدا انه قذف امرأته ثم ادعيا بعد ذلك انه قذفها ، فإن اضافا دعواهما الى
ما قبل شهادتهما بطلت شهادتهما لاعترافهما انه كان عدوا لهما حين شهدا عليه ، وان
لم يضيفاها الى ذلك الوقت وكان ذلك قبل الحكم بشهادتهما لم يحكم بها لانه لا يحكم
عليه بشهادة عدوين ، وان كانا بعد الحكم لم يبطل لان الحكم تم قبل وجود المانع
كظهور الفسق ، وان شهدا انه قذف امرأته وأما لم تقبل شهادتهما لانها ردت
في البعض للتهمة فوجب ان ترد للكل ، وان شهدا على أيهما انه قذف ضرة
أما قبلت شهادتهما ، وبهذا قال مالك وابو حنيفة والشافعي في الجديد . وقال في
القديم : لا تقبل لانها يجران الى أمهما نفعا ، وهو انه يلاعنها فتبين ويتوفر على
أماهما ، وليس بشيء لان لعانه لما ينبنى على معرفته بزناها لا على الشهادة عليه
بمالا يعترف به ، وان شهدا بطلاق الضرة ففيه وجهان :

أحدهما لا تقبل لانها يجران الى أمهما نفعا وهو توفيره على أمهما .

والثاني تقبل لانهما لا يجران الى انفسهما نفعا .

(فصل)

ولو شهد شاهد انه اقر بالعريية انه قذفها ، وشهد آخر انه اقر بذلك بالمعجمة
تمت الشهادة . لأن الاختلاف في العريية والمعجمة عائد الى الاقرار دون
القذف ، ويجوز ان يكون القذف واحدا والاقرار به في مرتين ، وكذلك
لو شهد أحدهما انه اقر يوم الخميس بقذفها ، وشهد آخر انه اقر بذلك يوم الجمعة
تمت الشهادة لما ذكرناه .

وان شهد أحدهما أنه قذفها بالعربية وشهد الآخر أنه قذفها بالعجمية أو شهد أحدهما أنه قذفها يوم الخميس وشهد الآخر أنه قذفها يوم الجمعة أو شهد أحدهما أنه أقر أنه قذفها بالعربية أو بالعجمية أو شهد أحدهما أنه أقر أنه قذفها بالعربية أو يوم الخميس وشهد الآخر أنه أقر أنه قذفها بالعجمية أو يوم الجمعة أو يوم الخميس وشهد الآخر أنه قذفها يوم الجمعة ففيه وجهان .

أحدهما : تكمل الشهادة ، وهو قول أبي بكر ومذهب أبي حنيفة لأن الوقت ليس ذكره شرطاً في الشهادة بالقذف ، وكذلك اللسان فلم يؤثر الاختلاف كما لو شهد أحدهما أنه أقر بقذفها يوم الخميس بالعربية وشهد الآخر أنه أقر بقذفها يوم الجمعة بالعجمية .

والآخر : لا تكمل الشهادة ، وهو مذهب الشافعي ، لأنهما قذفان لم تتم الشهادة على واحد منهما فلم تثبت كما لو شهد أحدهما أنه تزوجها يوم الخميس وشهد الآخر أنه تزوجها يوم الجمعة وفارق الاقرار بالقذف فإنه يجوز أن يكون المقر به واحداً أقر به في وقتين بلسانين .

مسألة ، قال (فتى تلعنا وفرق الحاكم بينهما لم يجتمعا أبداً)

في هذه المسألة مسألتان . إحداهما : أن الفرقة بين المتلاعنين لا تحصل إلا بلعانها جميعاً وهل يعتبر تفريق الحاكم بينهما ؟ فيه روايتان :

إحداهما : أنه معتبر فلا تحصل الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وهو ظاهر كلام الحنفي : وقول أصحاب الرأي لقول ابن عباس في حديثه ففرق رسول الله (ص) بينهما وهذا يقتضي أن الفرقة لم تحصل قبله ، وفي حديث عويم قال : كذبت عليها يا رسول الله أن أمسكتها فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله (ص) وهذا يقتضي إمكان إمساكها وأنه وقع طلاقه ، ولو كانت الفرقة وقعت قبل ذلك لما وقع طلاقه ولا أمكنه إمساكها ، ولأن سبب هذه الفرقة يقف على الحاكم فالفرقة المتعلقة به لم تقع إلا بحكم الحاكم كفرقة العنة .

والرواية الثانية : تحصل الفرقة بمجرد لعانها وهي اختيار أبي بكر ، وقول مالك وأبي عبيد عنه وأبي ثور وداود وزفر وابن المنذر . وروى ذلك عن

ابن عباس ، لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال ، المتلاعنان يفرق بينهما ولا يجتمعان أبداً ، رواه سعيد ولأنه معنى يقتضى التحريم المؤبد فلم يقف على حكم الحاكم كالرضاع ولأن الفرقة لو لم تحصل إلا بتفريق الحاكم لساغ ترك التفريق إذا كرهاه كالتفريق للعيب والاعسار ولوجب أن الحاكم إذا لم يفرق بينهما أن يبقى النكاح مستمراً ، وقول النبي (ص) ، لا سبيل لك عليها ، يدل على هذا وتفريقه بينهما بمعنى إعلامه لهما بحصول الفرقة ، وعلى كلتا الروايتين لا تحصل الفرقة قبل تمام اللعان منهما .

وقال الشافعى رحمه الله تعالى : تحصل الفرقة بلعان الزوج وحده وإن لم تلتعن المرأة لأنها فرقة حاصلة بالقول فتحصل بقول الزوج وحده كالطلاق ولا نعلم أحداً وافق الشافعى على هذا القول ، وحكى عن البتى أنه لا يتعلق باللعان فرقة لما روى ، أن العجلانى لما لا عن امرأته طلقها ثلاثاً فأنفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو وقعت الفرقة لما نفذ طلاقه وكلا القولين لا يصح لأن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين ، رواه عبد الله بن عمر وسهل بن سعد وأخرجهما مسلم ، وقال سهل فكانت سنة لمن كان بعدهما أن يفرق بين المتلاعنين : وقال عمر ، المتلاعنان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبداً .

وأما القول الآخر . فلا يصح لأن الشرع إنما ورد بالتفريق بين المتلاعنين ولا يكونان متلاعنين بلعان أحدهما ، وإنما فرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما بعد تمام اللعان منهما فالقول بوقوع الفرقة قبله تحكم يخالف مدلول السنة وفعل النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأن لفظ اللعان لا يقتضى فرقة فإنه إما أيمان على زناها أو شهادة بذلك ، ولولا ورود الشرع بالتفريق بينهما لم يحصل التفريق ، وإنما ورد الشرع به بعد لعانها فلا يجوز تعليقه على بعضه كما لم يحز تعليقه على بعض لعان الزوج ولأنه فسخ ثبت بأيمان مختلفين فلم يثبت يمين أحدهما كالفسخ لتحالف المتبايعين عند الاختلاف ، ويبطل ما ذكره بالفسخ بالعيب أو العتق ، وقول الزوج اختارى وامرك بيدك أو وهبتك لاهلك أو لنفسك وأشبه ذلك كثير ، إذا ثبت هذا ، فإن قلنا أن الفرقة تحصل بلعانها فلا تحصل إلا بعد إكمال اللعان منهما وإن قلنا لا تحصل إلا بتفريق الحاكم لم يحز له أن يفرق بينهما إلا بعد إكمال لعانها

فإن فرق قبل ذلك كان تفريقه باطلا وجوده كعدمه ، وبهذا قال مالك ، وقال الشافعي لا تقع الفرقة حتى يكمل الزوج لعانه .

وقال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن . إذا فرق بينهما بعد أن لاعن كل واحد منهما ثلاث مرات أخطأ السنة والفرقة جائزة ، وإن فرق بينهما بأقل من ثلاث فالفرقة باطلة لأن من أتى بالثلاث فقد أتى بالأكثر فيتعلق بالحكم به

ولنا أنه تفريق قبل تمام اللعان فلم يصح كما لو فرق بينهما لأقل من ثلاث أو قبل لعان المرأة ولأنها أيمان مشروعة لا يجوز للحاكم الحكم قبلها بالاجماع فإذا حكم لم يصح حكمه كأيمان المختلفين في البيع وكما قبل الثلاث ولأن الشرع إنما ورد بالتفريق بعد كمال السبب فلم يحز قبله كسائر الأسباب وما ذكره تحكم لا دليل عليه ولا أصل له ثم يبطل بما إذا شهد بالدين رجل وامرأة واحدة أو بمن توجهت عليه اليمين إذا أتى بأكثر حروفها وبالمسابقة إذا قال من سبق إلى خمس إصابات فسبق إلى ثلاثة وبسائر الأسباب .

فأما إذا تم اللعان فللحاكم أن يفرق بينهما من غير استئذانهما ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين الملاعنين ولم يستأذنها ، وروى مالك عن نافع عن ابن عمر أن رجلا لاعن امرأته في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرق رسول الله (ص) بينهما فألحق الولد بالمرأة ، وروى سفيان عن الزهري عن سهل بن سعد قال : شهدت رسول الله (ص) فرق بين المتلاعنين أخرجهما سعيد ، ومتى قلنا أن الفرقة لا تحصل إلا بتفريق الحاكم فلم يفرق بينهما فالنكاح باق بحاله لأن ما يبطل النكاح لم يوجد فأشبه ما لو لم يلاعن .

(فصل)

وفرقة اللعان فسخ : وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة هي طلاق لأنها فرقة من جهة الزوج تختص النكاح فكانت طلاقا كالفرقة بقوله أنت طالق . ولنا أنها فرقة توجب تحريما مؤبدا فكانت فسخا كفرقة الرضاع ، ولأن اللعان ليس بهريح في الطلاق ولا نوى به الطلاق فلم يكن طلاقا كسائر ما يفسخ به النكاح ولأنه لو كان طلاقا لوقع بلعان الزوج دون لعان المرأة

(فصل) وذكر بعض أهل العلم أن الفرقة إنما حصلت باللعان لأن لعنة الله

وغيظه قد وقع بأحدهما لتلاعهما فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال عند الخامسة : إنها الموجبة ، أي إنها توجب لعنة الله وغيظه ولا نعلم من هو منهما يقينا ففرقنا بينهما خفية أن يكون هو الملعون فيعلو امرأة غير ملعونة ، وهذا لا يجوز كما لا يجوز أن يعلو المسلمة كافر ، ويمكن أن يقال على هذا لو كان هذا الاحتمال مانعا من دوام نكاحهما لمنعه من نكاح غيرها ، فإن هذا الاحتمال متحقق فيه ، ويحتمل أن يكون الموجب للفرقة وقوع اللعنة ، والغضب بأحدهما غير معين فيفضي إلى علو ملعون لغير ملعونة أو إلى إمساكها للملعونة مقضوب عليها .

ويحتمل أن سبب الفرقة النفرة الحاصلة من إساءة كل واحد منهما إلى صاحبه فإن الرجل إن كان صادقا فقد أشاع فاحشتها وفضحها على رموس الأشهاد وأقامها مقام خزي وحقق عليها اللعنة والغضب وقطع نسب ولدها ، وإن كان كاذبا فقد أضاف إلى ذلك بهتها وقذفها بهذه الفرية العظيمة ، والمرأة إن كانت صادقة فقد أكذبت على رموس الأشهاد وأوجبت عليه لعنة الله وإن كانت كاذبة فقد أفست فراشه وخانت في نفسها وأزمت العار والفضيحة وأحوجته إلى هذا المقام المخزي فحصل لكل واحد منهما نفرة من صاحبه لما حصل إليه من إساءته لا يكاد يلتئم لها معها حال فاقتضت حكمة الشارع انختم الفرقة بينهما وإزالة الصبغة المتمحضة مفسدة ، ولأنه إن كان كاذبا عليها فلا ينبغي أن يسلط على إمساكها مع ما صنع من القبيح اليها ، وإن كان صادقا فلا ينبغي أن يمسكها مع علمه بحالها ، ولهذا قال العجلائي كذبت عليها إن أمسكتها .

المسألة الثانية : أنها تحرم عليه باللعان تحريما مؤبدا فلا تحل له ، وإن أكذب نفسه في ظاهر المذهب ، ولا خلاف بين أهل العلم في أنه إذا لم يكذب نفسه لا تحل له إلا أن يكون قولا شاذاً ، وأما إذا أكذب نفسه فالذي رواه الجماعة عن أحمد أنها لا تحل له أيضا ، وجاءت الأخبار عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن مسعود رضي الله عنهم أن المتلاعنين لا يجتمعان أبداً ، وبه قال الحسن وعطاء وجابر بن زيد والنخعي والزهرى والحكم ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأبو يوسف .

وعن أحمد رواية أخرى : إن أكذب نفسه حلت له وعاد فراشه بحاله ، وهي رواية شاذة شذها حنبل عن أصحابه .

قال أبو بكر : لا نعلم أحدا رواها غيره . وينبغي أن تحمل هذه الرواية على ما إذا لم يفرق بينهما الحاكم . فأما مع تفريق الحاكم بينهما فلا وجه لبقاء النكاح بحاله ، وقد ذكرنا أن مذهب البتّي أن اللعان لا يتعلق به فرقة . وعن سعيد بن المسيب : إن أكذب نفسه فهو خاطب من الخطاب ، وبه قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن لأن فرقة اللعان عندهما طلاق . وقال سعيد بن جبير : إن أكذب نفسه ردت إليه ما دامت في العدة .

والنا ما روى سهل بن سعد قال : مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا ، رواه الجوزجاني في كتابه بإسناده . وروى مثل هذا عن الزهري ومالك ، ولأنه تحريم لا يرتفع قبل الحد والتكذيب فلم يرتفع بهما كتحريم الرضاع .

(فصل) فإن كانت أمة فاشترانا فلا عنها لم تحل له لأن محريمها تحريم مؤبد لحرمته به على فشتريها كالرضاع ، ولأن المطلق ثلاثا إذا اشترى مطلقة لا تحل له قبل زوج وإصابة فهمنا أولى . لأن هذا التحريم مؤبد وتحريم الطلاق ليس بمؤبد ولأن تحريم الطلاق يختص بالنكاح وهذا لا يختص به ، وهذا مذهب الشافعي

مسألة ، قال (فإن أكذب نفسه فلها عليه الحد)

ونجدة ذلك أن الرجل إذا قذف امرأته ثم أكذب نفسه فلم عليه الحد ، سواء أكذبها قبل لعانها أو بعده ، وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم لهم مخالفا ، وذلك لأن اللعان أقيم مقام البيعة في حق الزوج ، فإذا أكذب نفسه بأن أن لعانها كذب وزيادة في هتكها وتكرار لقذفها . فلا أقل من أن يجب الحد الذي كان واجبا بالقذف المجرد ، فإن عاد عن أكذاب نفسه وقال لي بيعة أقيمها بزناها أو أراد إسقاط الحد عنه باللعان لم يسمع منه لأن البيعة واللعان لتحقيق ما قاله ، وقد أقر بكذب نفسه فلا يسمع منه خلافا : وهذا فيما إذا كانت المقدوفة محصنة ، فإن كانت غير محصنة فعليه التعزير .

(فصل) ويلحقه نسب الولد ، سواء كان الولد حياً أو ميتاً ، غنياً كان أو فقيراً .
وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ، وقال الثوري إذا استلحق الولد الميت نظرنا فإن
كان ذا مال لم يلحقه لأنه إنما يدعى مالا ، وإن لم يكن ذا مال لحقه ، وقال أصحاب
الرأي : إن كان الولد الميت ترك ولداً ثبت نسبه من المستلحق وتبعه نسب ابنه ،
وإن لم يكن ترك ولداً لم يصح استلحقاقه ولم يثبت نسبه ولا يرث منه المدعى شيئاً
لأن نسبه منقطع بالموت فلم يصح استلحقاقه ، فإذا كان له ولد كان مستلحقاً لولده
وتبعه نسب الميت .

ولنا أن هذا ولد نفاه باللعان فكان له استلحقاقه كما لو كان حياً أو كان له ولد
ولأن ولد الولد يتبع نسب الولد ، وقد جعل أبو حنيفة نسب الولد تابعاً لنسب
ابنه لجعل الأصل تابعاً للفرع وذلك باطل .

فأما قول الثوري أنه إنما يدعى مالا قلنا ، إنما يدعى النسب والميراث والمال
تبع له . فإن قيل فهو متهم في أن غرضه حصول الميراث ، قلنا إن النسب لا تمنع
التهمة لحوقه بدليل أنه لو كان له أخ يعاديه فأقر بآبى لزمه وسقط ميراث أخيه ،
ولو كان الابن حياً وهو غني والآب فقير فاستلحقه فهو متهم في إيجاب نفقته على
ابنه ويقبل قوله فكذلك هنا ، ثم كان ينبغي أن يثبت النسب هنا لأنه حق للولد
ولا تهمة فيه ولا يثبت الميراث المختص بالتهمة ، ولا يلزم من انقطاع التبعية
انقطاع الأصل .

قال القاضي ويتعلق باللعان أربعة أحكام : حقان عليه وجوب الحد والحقوق
النسب ، وحقان له الفرقة والتحريم المؤبد ، فإذا أ كذب نفسه قبل قوله فيما عليه
فلزمه الحد والنسب فلم يقبل فيما له . فلم تزل الفرقة ولا التحريم المؤبد

(فصل) فإن لم يكذب نفسه ولكن لم يكن له بيعة ولا لعن أقيم عليه الحد ،
فإن أقيم عليه بعضه فبذل اللعان وقال أنا ألعن قبل منه ، لأن اللعان يسقط جميع
الحد فيسقط بعضه كالبيعة : فإن ادعت زوجته أنه قذفها بالزنا فأنكر فأقامت
عليه بيعة أنه قذفها بالزنا فقال صدقت البيعة وليس ذلك قذفاً ، لأن القذف الرمي
بالزنا ككذبها وأنا صادق فيما رميتها به لم يكن ذلك أكذاباً لنفسه لأنه مصر على
رميها بالزنا وله إسقاط الحد باللعان ، ومنه ذهب الشافعي في هذا الفصل كذهبننا ،

فان قال ما زنت ولا رميتها بالزنا ، فقامت البينة عليه بقذفها ازمه الحد ولم تسمع بينته ولا لعانه ، نص عليه احمد ، لان قوله ما زنت تكذيب للبينة واللعان فلا تثبت له حجة قد اكذبها ، وجرى هذا مجرى قوله في الودعة اذا ادعيت عليه فقال ما اودعته فقامت عليه البينة بالودعة فادعى الرد أو التلف لم يقبل ، ولو أجاب بأنه ماله عندي شيء ولا يستحق على شيئا ، فقامت عليه البينة . فادعى الرد أو التلف قبل منه .

• مسألة • قال (وإن قذفها وانتفى من ولدها وتم اللعان بينها بتفريق الحاكم نفى عنه إذا ذكره في اللعان)

وجملة ذلك ان الزوج إذا ولدت امرأته ولدا يمكن كونه منه فهو ولده في الحكم ، لقول النبي (ص) « الولد للفراش » ولا ينتفى عنه الا ان ينفيه باللعان التام الذي اجتمعت شروطه وهي اربعة :

أحدها ان يوجد اللعان منهما جميعا ، وهذا قول عامة اهل العلم . وقال الشافعي . ينتفى بلعان الزوج وحده ، لأن نفى الولد انما كان يمينته والتعانه لا يمين المرأة على تكذيبه ، ولا معنى ليمين المرأة في نفى النسب وهي تثبته وتكذب قول من ينفيه ، وانما لعانها لدرء الحد عنها ، كما قال الله تعالى (ويدراً عنها العذاب ان تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين)

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم انما نفى الولد عنه بعد تلاعنها فلا يجوز النفي ببعضه كبعض لعان الزوج . والثاني ان تكمل ألفاظ اللعان منها جميعا .

الشرط الثالث : ان يبدأ بلعان الزوج قبل المرأة فان بدأ بلعان المرأة لم يعتد به وبه قال ابو ثور وابن المنذر .

وقال مالك وأصحاب الرأي . ان فعل اخطأ السنة والفرقة جائزة وينتفى الولد عنه ، لأن الله تعالى عطف لعانها على لعانه بالواو ، وهي لا تقتضي ترتيبها ، ولان اللعان قد وجد منهما جميعا فأشبهه ما لو رقت ، وعند الشافعي لا يتم اللعان الا بالترتيب الا انه يكفي عنده لعان الرجل وحده انتفى الولد ، وذلك حاصل مع اخلاله بالترتيب وعدم كمال ألفاظ اللعان من المرأة .

ولنا انه أتى باللعان على غير ما ورد به القرآن والسنة فلم يصح ، كما لو اقتصر على لفظة واحدة ، ولأن لعان الرجل بينته لإثبات زناها ونفى ولدها ، ولعان المرأة للإنكار فقدمت بينة الإثبات كتقديم الشهود على الأيمان ، ولأن لعان المرأة لدرء العذاب عنها ولا يتوجه عليها ذلك إلا بلعان الرجل ، فإذا قدمت لعانها على لعانه فقد قدمت على وقته فلم يصح كما لو قدمت على القذف .

الشرط الرابع : ان يذكر نفى الولد في اللعان ، فإذا لم يذكر لم ينتف إلا أن يعيد اللعان ويذكر نفية : وهذا ظاهر كلام الحرقى واختيار القاضى ومذهب الشافعى . وقال أبو بكر لا يحتاج الى ذكر الولد ونفيه وينتفى بزوال الفرائش . ولأن حديث سهل بن سعد الذى وصف فيه اللعان لم يذكر فيه الولد وقال فيه : ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى ان لا يدعى ولدها لأب ولا يرمى ولدها . رواه أبو داود . وفى حديث رواه مسلم عن عبد الله ان رجلا لاعن امرأته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بأمه .

ولنا ان من سقط حقه باللعان كان ذكره شرطاً كالمرأة ، ولأن غاية ما فى اللعان ان يثبت زناها وذلك لا يوجب نفى الولد كما لو أقرت به أو قامت به بينة فأما حديث سهل بن سعد فقد روى فيه وكانت حاملاً ، فأنكر حملها من رواية البخارى : وروى ابن عمر أن رجلاً لاعن امرأته فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتهى من ولدها ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الواد بالمرأة . والزيادة من الثقة مقبولة . فعلى هذا لا بد من ذكر الولد فى كل لفظة ومع اللعن فى الخامسة لأنها من لفظات اللعان

وذكر الحرقى شرطاً خامساً وهو تفريق الحاكم بينهما ، وهذا على الرواية التى تشترط تفريق الحاكم لوقوع الفرقة . فأما على الرواية الأخرى فلا يشترط تفريق الحاكم لنفى الولد ، كما لا يشترط لدرء الحد عنه ولا لفسخ النكاح . وشرط أيضاً شرطاً سادساً وهو أن يكون قد قذفها وهذا شرط اللعان فإنه لا يكون إلا بعد القذف ، وسنذكره ان شاء الله تعالى .

(فصل) وأن ولدت امرأته توأمين ، وهو أن يكون بينهما دون ستة أشهر فاستلحق أحدهما ونفى الآخر لحقا به ، لأن الحمل الواحد لا يجوز أن يكون بعضه منه وبعضه من غيره . فإذا ثبت نسب أحدهما منه ثبت نسب الآخر ضرورة ، فجعلنا ما نفاه تابعا لما استلحقه ، ولم نجعل ما أقر به تابعا لما نفاه . لأن النسب يحتاج لإثباته لا لنفيه ، ولهذا لو أتت امرأة بولد يمكن كونه منه ويمكن أن يكون من غيره الحقناه به احتياطا ولم نقطعه عنه احتياطا لنفيه ، فان كان قد قذف أمها فطالبته بالحد فله إسقاطه باللعان . وحكى عن القاضي أنه يحسد ولا يملك إسقاطه باللعان وهو مذهب الشافعي لأنه باستلحاقه اعترف بكذبه في قذفه فلم يسمع انكاره بعد ذلك .

ووجه الاول انه لا يلزم من كون الولد منه انتفاء الزنا عنها كما لا يلزم من وجود الزنا منها كون الولد منه ، ولذلك لو أقرت بالزنا أو قامت به بينة لم ينتف الولد عنه فلا تنافي بين لعانه وبين استلحاقه للولد : وإن استلحق أحد التوأمين وسكت عن الآخر لحقه لأنه لو نفاه للحقه ، فإذا سكت عنه كان أولى ، ولأن امرأته متى أتت بولد لحقه ما لم ينفيه عنه باللعان ، وإن نفى أحدهما وسكت عن الآخر لحقاه جميعا ، فان قيل ألا نفيت المسكوت عنه لأنه قد نفى أخاه وهما حمل واحد ؟ قلنا لحوق النسب مبنى على التغليب وهو يثبت بمجرد الإمكان ، وإن كان لم يثبت الوطء ولا ينتفى الإمكان للنفي فافترقا ، فان أتت بولد فنجاه ولا عن لنفيه ثم ولدت آخر لا قبل من ستة أشهر لم ينتفى الثاني باللعان الاول ، لأن اللعان تناول الاول وحده ويحتاج في نفى الثاني الى لعان ثان . ويحتمل انه ينتفى بنفيه من غير حاجة الى لعان ثان لأنهما حمل واحد وقد لا عن لنفيه مرة فلا يحتاج الى لعان ثان . ذكره القاضي ، فان أقر بالثاني لحقه هو والاول لما ذكرناه ، وإن سكت عن نفيه لحقاه ايضا . فأما ان نفى الولد باللعان ثم أتت بولد آخر بعد ستة أشهر فهذا من حمل آخر فإنه لا يجوز أن يكون بين ولدين من حمل واحد مدة الحمل ، ولو أمكن لم تكن هذه مدة حمل كامل ، فان نفى هذا الولد باللعان انتفى ولا ينتفى بغير اللعان لأنه حمل منفرد ، وإن استلحقه أو ترك نفيه لحقه وإن كانت قد بانث باللعان لأنه يمكن أن يكون قد وطئها بعد وضع الاول ، وإن لا عنها قبل وضع الاول فأتت بولد

ثم ولدت آخر بعد ستة أشهر لم يلحقه الثاني لأنها بانفت باللعان وانقضت عدتها
بوضع الأول وكان حملها الثاني بعد انقضاء عدتها في غير نكاح فلم يحتج الى نفيه .
(فصل) وإن مات أحد التوأمين أو ماتا معا فله أن يلاعن لثني نسبهما ،
وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة يلزمه نسب الحى ولا يلاعن الا لثني الحد
لان الميت لا يصح نفيه باللعان فإن نسبته قد انقطع بموته فلا حاجة الى نفيه باللعان
كالو ماتت امرأته فانه لا يلاعنها بعد موتها لقطع النكاح لكونه قد انقطع واذا
لم ينتف الميت لم ينتف الحى لأنها حمل واحد .
ولنا أن الميت ينسب اليه فيقال ابن فلان ويلزمه تجهيزه وتسكينه فكان له
ثني نسبه وإسقاط مؤنته كالحى وكالو كان للميت ولد .

« مسألة ، قال (وإن أ كذب نفسه بعد ذلك لحقه الولد)

وجملة ذلك : أن الرجل إذا لاعن امرأته وثني ولدها ثم أ كذب نفسه لحقه
الولد إذا كان حيا بغير خلاف بين أهل العلم وإن كان ميتا لحقه نسبه أيضا في قول
أكثر أهل العلم سواء كان له ولد أو لم يكن وسواء خلف مالا أو لم يخلف وذلك
لأن النسب حق للولد فاذا أقر به لزمه وسواء تقدم إنكاره له أو لم يكن ولأن
سبب نفيه عنه نفيه له فاذا أ كذب نفسه فقد زال سبب الثني وبطل فوجب أن
يلحقه نسبه بحكم النكاح الموجب للحقوق نسبه به .

(فصل) والقذف على ثلاثة أضرب . واجب : وهو أن يرى امرأته تزنى في
طهر لم يراها فيه فانه يلزمه اعتزالها حتى تنقضى عدتها فاذا اتت بولد لسته أشهر
من حين الزنا وامسكته نفيه عنه لزمه قذفها وثني ولدها لأن ذلك يجري مجرى اليقين
في أن الولد من الزاني فاذا لم ينفع لحقه الولد وورثه وورث اقاربه وورثوا منه
ونظر الى بناته واخواته وليس ذلك بجائر فيجب نفيه لإزالة ذلك ولو أقرت بالزنا
ووقع في قلبه صدقها فهو كما لو رآها .

الثاني : أن يراها تزنى أو يثبت عنده زناها وليس ثم ولد يلحقه نسبه أو ثم
ولد لكن لا يعلم أنه من الزنا أو يخبره بزناها ثقة بصدقه أو يشيع في الناس أن
فلانا يفتخر بفلانة ويشاهده عندها أو داخلا إليها أو خارجا من عندها أو يطلب

على ظنه فجورها فهذا له قذفها لأنه روى عن عبد الله أن رجلا أتى النبي (ص) فقال : أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا فتكلم جلدتموه ، أو قتل قتلتموه ، أو سكت سكت على غيظ ، فذكر أنه يتكلم أو يسكت ولم ينكر عليه النبي (ص) ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر على هلال والمجلائي قذفهما حين رأيا وإن سكت جاز وهو أحسن لأنه يمكنه فراقها بطلاقها ويكون فيه سترها وستر نفسه وليس ثم ولد يحتاج الى نفيه .

الحال الثالث : محرم وهو ما عدا ذلك من قذف أزواجه والأجانب فإنه من الكبائر قال الله تعالى (ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم) وقال النبي صلى الله عليه وسلم : أيا امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته ، وأيا رجلا جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه ونفضحه على رؤوس الأولين والآخرين ، رواه أبو داود .

قوله « وهو ينظر إليه » يعني يراه منه فكما حرم على المرأة أن تدخل على قوم من ليس منهم حرم على الرجل جحد ولده ولا يجوز قذفها بخبر من لا يوثق بخبره لأنه غير مأمون على الكذب عليها ولا برؤيته رجلا خارجا من عندها من غير أن يستفيض زناها لأنه يجوز أن يكون دخل سارقا أو هاربا أو لحاجة أو لغرض فاسد فلم يمكنه ولا لاستفاضة ذلك في الناس من غير قرينة تدل على صدقهم لاحتمال أن يكون أعداؤها أشاعوا ذلك عنها ، وفيه وجه آخر أنه يجوز لأن الاستفاضة أقوى من خبر الثقة ولا بخالفة الولد لونه والديه أو شبيههما ولا أشبهه بنير والديه لما روى أبو هريرة قال : جاء رجل من بني فزارة الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان امرأتى جاءت بولد اسود ، يعرض بنفيه فقال له النبي (ص) هل لك من ابل ؟ ، قال نعم قال : فما ألوانها ؟ ، قال حم قال : هل فيها من أورق ؟ ، قال ان فيها أورقا قال : فأن أتاها ذلك ؟ ، قال عسى أن يكون نزع عرق قال : فهذا عسى أن يكون نزع عرق ، قال ولم يرخص له في الانتفاء منه ، متفق عليه . ولأن الناس كلهم من آدم وحواء وألوانهم وخلقهم مختلفه فلولا

مخالفتهم شبه والديهم لكانوا على خلقه واحدة ولأن دلالة الشبه ضعيفة ودلالة ولادته على الفراش قوية فلا يجوز ترك القوى لمعارضة الضعيف ولذلك لما تنازع سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في ابن وليدة زمعة ورأى النبي صلى الله عليه وسلم فيه شبهاً بينا بعتبة ألحق الولد بالفراش وترك الشبه، وهذا اختيار أبي عبد الله ابن حامد وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي.

وذكر القاضي وأبو الخطاب أن ظاهر كلام أحمد جواز نفيه وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لقول النبي (ص) في حديث اللعان : إن جاءت به أورك جعداً جمالياً خدج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به ، فأنت به على النعت المكروه فقال النبي (ص) : لو لا الإيمان لكان لي ولها شأن ، فجعل الشبه دليلاً على نفيه عنه والصحيح الأول : وهذا الحديث إنما يدل على نفيه عنه مع ما تقدم من لعانه ونفيه إياه عن نفسه لجعل الشبه مرجحاً لقوله ودليلاً على تصديقه ، وما تقدم من الأحاديث يدل على عدم استقلال الشبه بالنفي ، ولأن هذا كان في موضع زال الفراش وانقطع نسب الولد عن صاحبه فلا يثبت مع بقاء الفراش المقتضى لحوق نسب الولد بصاحبه وإن كان يعزل عن امرأته فأنت بولد لم يبح له نفيه لما ذكرنا من حديث جابر وأبي سعيد .

وعن أبي سعيد أنه قال يا رسول الله إنا نصيب من النساء ونحب الأئمان فنعزل عنهن ؟ قال : إن الله إذا قضى خلق نسمة خلقها ، ولأنه قد يسبق من الماء ما لا يحس به فتعلق .

وأما أن كان لا يطؤها إلا دون الفرج أو في الدبر فأنت بولد قد ذكر أصحابنا أنه ليس له نفيه لأنه لا يأمّن أن يسبق الماء إلى الفرج فيخلق به وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وهو بعيد لأنه من أحكام الوطء في الفرج فلا يتعلق بما دونه كسائر الأحكام ودلالة عدم الوطء في الفرج على انتفاء الولد أشد من دلالة مخالفة الولد لون والديه .

فأما أن وجد أحد هذه الوجوه التي ذكرنا مع الزنا ، ويحتمل كونه منه أو من الزاني مثل أن زنت في طهر أصابها فيه أو زنت فلم يعتزلها ولكنه كان يعزل عنها أو كان لا يطؤها إلا دون الفرج أو كان الولد شبيهاً بالزاني دونه لزمه نفيه

لأن هذا مع الزنا يرجب نسبه إلى الزاني بدليل أن النبي (ص) حكم بولد امرأة هلال لشريك بن سحاء بشبهه له مع لعان هلال لها وقذفه إياها ، وأما إذا أتت زوجته بولد فشك فيه من غير معرفته لزناها فلا يحل له قذفها ولا لعانها لما تقدم من حديث الفزاري ، كذلك ان عرف زناها ولم يعلم أن الولد من الزاني ولا وجد دليل عليه فليس له نفيه لأن الولد للفراش وللعاهر الحجر .

(فصل) فإن أكرهت زوجته على الزنا في طهر لم يصحبها فيه فأتت بولد يمكن أن يكون من الواطيء فهو منه وليس للزوج قذفها بالزنا لأن هذا ليس بزنا منها وقياس المذهب أنه ليس له نفيه ويلحقه النسب لأن نفى الولد لا يكون إلا باللعان ومن شرط اللعان القذف ولأن اللعان لا يتم إلا بلعان المرأة ولا يصح اللعان من المرأة ههنا لأنها لا تكذب الزوج في إكراهها على ذلك ، وهذا قول أصحاب الرأي وذكر بعض أصحابنا في ذلك روايتين . إحداهما : له نفيه باللعان لأنه محتاج إلى نفيه فكان له نفيه كما لو زنت مطاوعة ، وهذا مذهب الشافعي وهذا إنما يصح عند الشافعي لأنه يرى نفى الولد بنعان الزوج وحده ، وأما من لا يرى ذلك فلا يصح عنده النفي باللعان ههنا والله تعالى أعلم .

« مسألة ، قال (وان نفى الحمل في النعانه لم ينتف عنه حتى ينفيه عند وضعها له ويلاعن) »

اختلف أصحابنا فيما إذا لاعن امرأته وهي حامل ونفى حملها في لعانه فقال الحرقى وجماعة لا ينتفى الحمل بنفيه قبل الوضع ولا ينتفى حتى يلاعنها بعد الوضع وينتفى الولد فيه ، وهذا قول أبي حنيفة وجماعة من أهل الكوفة لأن الحمل غير مستيقن يجوز أن يكون ربها ، أو غيرها فيصير نفيه مشروطاً بوجوده ولا يجوز تعليق اللعان بشرط .

وقال مالك والشافعي وجماعة من أهل الحجاز يصح نفى الحمل وينتفى عنه محتجين بحديث هلال وأنه نفى حملها فتغاه عنه النبي صلى الله عليه وسلم وألحقه بالأول ولا يخفاء بأنه كان حملاً ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم « انظروها

فإن جاءت به ، كذا وكذا ، قال ابن عبد البر : الآثار الدالة على صحة هذا القول كثيرة وأوردها ولان الحمل مظنون بأمارات تدل عليه ولهذا ثبتت للحامل أحكام تخاف بها الحائل من النفقة والفطر في الصيام وترك إقامة الحد عليها وتأخير القصاص عنها وغير ذلك مما يطول ذكره : ويصح استلحاق الحمل فكان كالولد بعد وضعه وهذا القول هو الصحيح لموافقه ظواهر الأحاديث وما خالف الحديث لا يعبأ به كائنا ما كان .

وقال أبو بكر : ينتفى الولد بزوال الفراش ولا يحتاج الى ذكره في اللعان احتجاجا بظاهر الأحاديث حيث لم ينقل فيها نفى الحمل ولا التعرض لنفيه ، وقد ذكرنا ذلك ، فأما من قال ان الولد لا ينتفى إلا بنفيه بعد الوضع فإنه يحتاج في نفيه الى إعادة اللعان بعد الوضع .

وقال أبو حنيفة ومن وافقه : إن لاعنها حاملا ثم أتت بالولد لزمه ولم يتمكن من نفيه لان اللعان لا يكون إلا بين الزوجين وهذه قد بانت بلعانها في حال حملها وهذا فيه إلزامه ولذا ليس منه وسد باب الانتفاء من أولاد الزنا والله تعالى قد جعل له الى ذلك طريقا فلا يجوز سده وإنما تعتبر الزوجية في الحال التي أضاف الزنا إليها فيه لان الولد الذي أتى به يلحقه إذا لم ينفه فيحتاج الى نفيه وهذه كانت زوجة في تلك الحال فملك نفى ولدها ، والله أعلم .

(فصل)

وان استلحق الحمل فمن قال لا يصح نفيه قال لا يصح استلحاقه وهو المنصوص عن أحمد ومن أجاز نفيه قال لا يصح استلحاقه وهو مذهب الشافعي لانه محكوم بوجوده بدليل وجوب النفقة ووقف الميراث فصح الإقرار به كالمولود وإذا استلحقه لم يملك نفيه بعد ذلك كما لو استلحقه بعد الوضع ومن قال لا يصح استلحاقه قال لو صح استلحاقه لزمه بترك نفيه كالمولود ولا يلزمه ذلك بالإجماع ولأن الشبه أثر في الالحاق بدليل حديث الملاعة ، وذلك مختص بما بعد الوضع فاختص صحة الاستلحاق به فعلى هذا لو استلحقه ثم نفاه بعد وضعه كان له ذلك ، فأما ان سكنت عنه فلم ينفه ولم يستلحقه لم يلزمه عند أحد علمنا قوله لان تركه يحتمل أن يكون لانه لا يتحقق وجوده إلا أن يلاعنها فإن أبا حنيفة ألزمه الولد على ما أسلفناه

(فصل) وإذا ولدت امرأته ولداً فسكت عن نفيه مع إمكانه لزمه نسبه ولم يكن له نفيه بعد ذلك ، وبهذا قال الشافعي . قال أبو بكر : لا يتقدر ذلك ثلاث بل هو على ما جرت به العادة إن كان ليلاً فحتى يصبح وينتشر الناس ، وإن كان جائعاً أو ظمآن فحتى يأكل أو يشرب أو ينام إن كان ناعساً ، أو يلبس ثيابه ويسرج دابته ويركب ويصلي إن حضرت الصلاة ويحرز ماله إن كان غير محرز ، وأشبه ذلك من أشغاله ، فإن أخره بعد هذا كله لم يكن له نفيه . وقال أبو حنيفة : له تأخير نفيه يوماً ويومين استحساناً ، لأن النفي عقيب الولادة يشق فقدر باليومين لقلته . وقال أبو يوسف ومحمد : يتقدر بمدة النفاس لأنها جارية مجرى الولادة في الحكم . وحكى عن عطاء ومجاهد : أن له نفيه ما لم يعترف به ، فكان له نفيه كحالة الولادة .

ولنا أنه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على الفور كخيار الشفعة ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : الولد للفراش ، عام خرج منه ما اتفقنا عليه مع السنة الثابتة فما عداه يبقى على عموم الحديث ، وما ذكره أبو حنيفة يبطل بخيار الرد بالعيب والأخذ بالشفعة ، وتقديره بمدة النفاس تحكم لا دليل عليه ، وما قاله عطاء يبطل أيضاً بما ذكرناه ، ولا يلزم القصاص لأنه لاستيفاء حق لا لدفع ضرر ولا الحمل لأنه لم يتحقق ضرره .

إذا ثبت هذا فهل يتقدر الخيار في النفي بمجلس العلم أو بإمكان النفي ، على وجهين بناء على المطالبة بالشفعة ، فإن أخر نفيه عن ذلك ثم ادعى أنه لا يعلم بالولادة وأمكن صدقه بأن يكون في موضع يخفى عليه ذلك ، مثل أن يكون في محلة أخرى فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم العلم ، وإن لم يمكن مثل أن يكون معها في الدار لم يقبل لأن ذلك لا يكاد يخفى عليه .

وإن قال علمت ولادته ولم أعلم أن لي نفيه ، أو علمت ذلك ولم أعلم أنه على الفور وكان ممن يخفى عليه ذلك كعمامة الناس قبل منه ، لأن هذا مما يخفى عليهم ، فأشبه ما لو كان حديث عهد بإسلام ، وإن كان فقيهاً لم يقبل ذلك منه لأنه مما لا يخفى عليه ذلك ، ويحتمل أن يقبل منه لأن الفقيه يخفى عليه كثير من الأحكام . وقال أصحابنا لا يقبل ذلك من الفقيه ويقبل من الناشئ ببادية وحديث العهد بالإسلام ،

وهل يقبل من سائر العامة؟ على وجهين . وإن كان له عذر يمنعه من الحضور لنفيه كالمرض والحبس أو الاشتغال بحفظ مال يخاف ضيعته أو بإلزامه غريم يخاف فوته أو غيبته ، نظرت فإن كانت مدة ذلك قصيرة فأخره إلى الحضور ليزول عذره لم يبطل نفيه لأنه بمنزلة من علم ذلك ليلا فأخره إلى الصبح ، وإن كانت تتناول فأمكنه التنفيذ إلى الحاكم ليبعث إليه من يستوفي عليه اللعان والنفي فلم يفعل سقط نفيه فإن لم يمكنه أشهد على نفسه أنه ناف لولد امرأته فإن لم يفعل بطل خياره لأنه إذا لم يقدر على نفيه كان الأشهاد قائما مقامه ، كما يقيم المريض الفينة بقوله بدلا عن الفينة بالجماع ، فإن قال لم أصدق المخبر عنه نظرت فإن كان مستفيضاً منتشراً لم يقبل قوله ، وإن لم يكن مستفيضاً وكان المخبر مشهور العدالة لم يقبل وإلا قبل .

وإن قال لم أعلم أن عليّ ذلك قبل قوله لأنه مما يخفى ، وإن علم وهو غائب فأمكنه السير فاشتغل به لم يبطل خياره . وإن أقام من غير حاجة بطل لأنه أخره لغير عذر ، وإن كانت له حاجة تمنعه من السير فهو على ما ذكرنا من قبل . وإن أخر نفيه لغير عذر وقال أخرت نفيه رجاء أن يموت فاستر عليه وعلى بطل خياره لأنه أخر نفيه مع الإمكان لغير عذر .

(فصل) فإن هنيء به فأمّن على الدعاء لزمه في قولهم جميعا ، وإن قال أحسن الله جزاءك أو بارك الله عليك أو رزقك الله مثله لزمه الولد . وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي : لا يلزمه لأنه جازاه على قصده . وإذا قال رزقك الله مثله فليس ذلك اقراراً ولا متضمناً له .

ولنا أن ذلك جواب الراضى في العادة فكان اقراراً كالتأمين على الدعاء ، وإن سكت كان اقراراً ، ذكره أبو بكر لأن السكوت صالح دال على الرضى في حق البكر ، وفي مواضع أخرى فهمنا أولى ، وفي كل موضع لزمه الولد لم يكن له نفيه بعد ذلك في قول جماعة أهل العلم منهم الشعبي والنخعي وعمر بن عبد العزيز ومالك والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي . وقال الحسن : له أن يلاعن لنفيه ما دامت أمه عنده يصير لها الولد ، ولو أقر به ، والذي عليه الجمهور أولى فإنه أقر

به فلم يملك ججده كما لو بانت منه أمه ، ولأنه أقر بحق عليه فلم يقبل منه ججده
كسائر الحقوق .

« مسألة ، قال (ولو جاءت امرأته بولد فقال لم تزن ولكن ليس هذا الولد
منى فهو ولده في الحكم ولا حد عليه لها)

وحلة ذلك أن المرأة إذا ولدت فقال زوجها ليس هذا الولد منى أو قال ليس
هذا ولدى فلا حد عليه لأن هذا ليس بقذف بظاهره لاحتمال أنه يريد أنه من
زوج آخر أو من وطئه بشبهة أو غير ذلك ، ولكنه يسأل فإن قال زنت فوالت
هذا من الزنا فهذا قذف يثبت به اللعان . وإن قال أردت أن لا يشبهنى خلقا ولا
خلقاً فقالت بل أردت قذفى فالقول قوله لأنه أعلم بمراده ، لا سيما إذا صرح
بقوله لم تزن ، وإن قال وطئت بشبهة والولد من الواطئ . فلا حد عليه أيضا لأنه
لم يقذفها ولا قذف واطئها ، وإن قال أكرهت على الزنا فلا حد أيضا لأنه لم يقذفها
ولا لعان في هذه المواضع لأنه لم يقذفها ومن شرط اللعان القذف ويلحقه نسب
الولد . وبهذا قال أبو حنيفة .

وذكر القاضى أن في هذه الصورة الأخيرة رواية أخرى أن له اللعان لأنه
محتاج الى نفي الولد ، بخلاف ما إذا قال وطئت بشبهة فإنه يمكن نفي النسب بعرض
الواد على القسافة فيستغنى بذلك عن اللعان فلا يشرع ، كما لا يشرع لعان أمته لما
أمكن نفي نسب ولدها بدعوى الاستبراء . وهذا مذهب الشافعى

ولما أن اللعان إنما ورد به الشرع بعد القذف في قوله تعالى : والذين يرمون
أرواحهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم) الآية ، ولما لعن النبي صلى الله عليه
وسلم بين هلال وامرأته كان بعد قذفه إياها ، وكذلك لما لعن بين عويمر
العجلانى وامرأته كان بعد قذفه إياها ولا يثبت الحكم إلا فى مثله ، ولأن نفي
اللعان إنما ينتفى به الولد بتهامه منهما ولا يتحقق اللعان من المرأة ههنا ، فأما إن
قال وطئت فلان بشبهة وأنت تعلمين الحال فقد قذفها وله لعانها ونفى نسب ولدها ،
وقال القاضى ليس له نفيه باللعان .

وكذلك قال أصحاب الشافعي لأنه يمكنه نفى نسبه بعرضه على القافة ، فأشبهه ما لو قال واشتبه عليك أيضا .

ولنا أنه رام لزوجته فدخل في عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) ولأنه رام لزوجته بالزنا فملك لعانها ونفى ولدها ، كما لو قال : زنى بك فلان . وما ذكره لا يصح فإنه قد لا يوجد قافة وقد لا يعترف الرجل بما نسب إليه أو يغيب أو يموت فلا ينتفى الولد ، وإن قال ما ولدته وإنما التقطته أو استعرتة ، فقالت بل هو ولدى منك لم يقبل قول المرأة إلا بينة ، وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ، لأن الولادة يمكن إقامة البينة عليها والاصل عدمها فلم تقبل دعواها من غير بينة كالدين .

قال القاضي : وكذلك لا تقبل دعواها للولادة فيما إذا علق طلاقها بها ولا دعوى الامة لها لتصير بها أم ولد ، ويقبل قولها فيها لتقضى عدتها بها ، فعلى هذا لا يلحقه الواد إلا أن تقيم بينة : وهي امرأة مرضية تشهد بولادتها له ، فإذا ثبتت ولادتها له لحقه نسبه لأنه ولد على فراشه والولد للفراش .

وذكر القاضي في موضع آخر أن القول قول المرأة لقول الله تعالى (ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن) وتحريم كتمانها دليل على قبول قولها فيه ولأنه خارج من المرأة تنقضى به عدتها فقبل قولها فيه كالحيض ، ولأنه حكم يتعلق بالولادة فقبل قولها فيه كالحيض ، فعلى هذا النسب لاحق به فهل له نفية باللعان ؟ فيه وجهان .

أحدهما : ليس له نفية ، لأن انكاره لولادتها إياه اقرار بأنها لم تلده من زنا فلا يقبل انكاره لذلك لأنه تكذيب لنفسه . والثاني له نفية لأنه رام لزوجته وناف لولدها فكان له نفية باللعان كغيره .

(فصل) ومن ولدت امرأته ولدا لا يمكن كونه منه في النكاح لم يلحقه نسبه ولم يحتاج إلى نفية لأنه يعلم أنه ليس منه فلم يلحقه ، كما لو أتت به عيب نكاحه لها وذلك مثل أن تأتي به لدون ستة أشهر من حين تزوجها فلا يلحق به في قول كل من علمنا قوله من أهل العلم ، لأننا نعلم أنها علقت به قبل أن يتزوجها ، وإن كان الزوج طفلا له أقل من عشر سنين فأتت امرأته بولد لم يلحقه لأنه لا يوجد ولد لمثله

ولا يمكنه الوطء : وإن كان له عشر فحملت امرأته لحقه ولدها لقول النبي (ص) « واضربوهم على الصلاة لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع » .

وقال القاضي يلحق به إذا أتت به لتسعة أعوام ونصف عام مدة الحمل ، لأن الجارية يولد لها لتسع فكذلك الغلام . وقال أبو بكر : لا يلحقه حتى يبلغ ، لأن الولد إنما يكون من الماء ولا ينزل حتى يبلغ .

ولنا أنه زمن يمكن البلوغ فيه فيلحقه الولد كالبالغ ، وقد روى أن عمرو بن العاص وابنه عبد الله لم يكن بينهما إلا اثني عشر عاماً . وأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالتفريق بينهم ، دليل على إمكان الوطء الذي هو سبب الولادة . وأما قياس الغلام على الجارية فغير صحيح ، فإن الجارية يمكن الاستمتاع بها لتسع عادة والغلام لا يمكنه الاستمتاع لتسع ، وقد تحيض لتسع ، وما عهد بلوغ غلام لتسع ، ولو تزوج رجل امرأة في مجلس ثم طلقها فيه قبل غيبته عنهم ، ثم أتت امرأته بولد لسته أشهر من حين العقد أو تزوج مشرقى بمغربية ثم مضت ستة أشهر وأتت بولد لم يلحقه ، وبذلك قال مالك والشافعي .

وقال أبو حنيفة : يلحقه نسبه لأن الولد إنما يلحقه بالعقد ومدة الحمل ، ألا ترى أنكم قلتم إذا مضى زمان الامكان لحق الولد ، وإن علم أنه لم يحصل منه الوطء .

ولنا أنه لم يحصل إمكان الوطء بهذا العقد فلم يلحق به الولد ، كزوجة ابن سنة أو كالأولاد لدون ستة أشهر . وفارق ما قاسوا عليه لأن الامكان إذا وجد لم يعلم أنه ليس منه قطعاً لجواز أن يكون وطئها من حيث لا يعلم ، ولا سبيل لنا إلى معرفة حقيقة الوطء ، فعلقنا الحكم على إمكانه في النكاح ، ولم يجوز حذف الامكان عن الاعتبار ، لأنه إذا انتفى حصل اليقين بانتفائه عنه فلم يجوز إلحاقه به مع يقين كونه ليس منه ، وإن وادت امرأة مقطوع الذكروا الأنثيين لم يلحق نسبه به في قول عامة أهل العلم لأنه يستحيل منه الانزال والايلاج ، وإن قطعت أنثياه دون ذكره فكذلك لأنه لا ينزل ما يخلق منه الولد ، وقال أصحابنا يلحقه النسب لأنه يتصور منه الايلاج وينزل ماء رقيقاً .

ولنا أن هذا لا يخلق منه ولد عادة ولا وجد ذلك ، فأشبهه ما لو قطع ذكره

معها ، ولا اعتبار بإيلاج لا يخلق منه الولد كما لو أوج أصبعه . وأما قطع ذكره وحده فإنه يلحقه الولد لأنه يمكن أن يسحق فينزل ماء يخلق منه الولد ، ولأصحاب الشافعي اختلاف في ذلك على نحو ما ذكرنا من الخلاف عندنا . قال ابن اللبان لا يلحقه الولد في هاتين الصورتين في قول الجمهور .

وقال بعضهم يلحقه بالفراش وهو غلط لأن الولد إنما يلحق بالفراش إذا أمكن ، ألا ترى أنها إذا ولدت بعد شهر منذ تزوجها لم يلحقه وههنا لا يمكن لفقد المني من المسلول وتعذر إيصال المني إلى قعر الرحم من المجبوب ، ولا معنى لقول من قال يجوز أن تستدخل المرأة مني الرجل فتحمل لأن الولد مخلوق من مني الرجل والمرأة جميعا ولذلك يأخذ الشبه منهما ، وإذا استدخلت المني بغير جماع لم تحدث لها لذة تمنى بها فلا يختلط منهما ، ولو صح ذلك لكان الاجنبيان الرجل والمرأة إذا تصادقا أنها استدخلت منيه ، وأن الولد من ذلك المني يلحقه نسبه ، وما قال ذلك أحد .

(فصل) وان طلق امرأته وهي حامل فوضعت ولدا ثم وادت آخر قبل مضي ستة أشهر فهم من الزوج لائنا نعلم أنهما حمل واحد ، فإذا كان أحدهما منه فالآخر منه ، وإن كان بينهما أكثر من ستة أشهر لم يلحق الزوج وانتفى عنه من غير لعان لأنه لا يمكن أن يكون الولدان حملا واحدا وبينهما مدة الحمل ، فعلم أنها علقته به بعد زوال الزوجية وانقضاء العدة ، وكونها أجنبية فهي كسائر الاجنبيات ، وإن طلقها فاعتدت بالاقراء ثم وادت ولدا قبل مضي ستة أشهر من آخر اقراءها لحقه لائنا تقينا أنها لم تحمله بعد انقضاء عدتها ونعلم أنها كانت حاملا به في زمن رؤية الدم فيلزم أن لا يكون الدم حيضا فلم تنقض عدتها به ، وإن أتت به لاكثر من ذلك لم يلحق بالزوج ، وهذا قول أبي العباس بن سريج .

وقال غيره من أصحاب الشافعي : يلحق به لأنه يمكن أن يكون منه والواد يلحق بالامكان .

ولنا أنها أتت به بعد الحكم بانقضاء عدتها في وقت يمكن أن لا يكون منه فلم يلحقه ، كما لو انقضت عدتها بوضع الحمل ، وإنما يعتبر الامكان مع بقاء الزوجية أو العدة وأما بعدهما فلا يكتفى بالامكان للحاقه وإنما يكتفى بالامكان لنفسه ، وذلك

لأن الفراش سبب ومع وجود السبب يكتفى بإمكان الحكمة واحتمالها ، فإذا انتفى السبب وآثاره فينتفى الحكم لا انتفائه ولا يلتفت إلى مجرد الإمكان والله أعلم .

فأما إن وضعت قبل انقضاء العدة لأقل من أربع سنين لحق بالزوج ولم ينتف عنه إلا باللعان . وإن وضعت لأكثر من أربع سنين من حين الطلاق وكان بائنا انتفى عنه بغير لعان لأننا علمنا أنها علقت به بعد زوال الفراش ، وإن كان رجعيًا فوضعت لأكثر من أربع سنين منذ انقضت العدة فكذلك لأنها علقت به بعد البينونة . وإن وضعت لأكثر من أربع سنين منذ الطلاق ولأقل منها منذ انقضت العدة ففيه روايتان .

إحداهما : لا يلحقه لأنها لم تعلق به قبل طلاقها فأشبهت البائن .

والثانية يلحقه لأنها في حكم الزوجات في السكنى والنفقة والطلاق والظهار والايلاء والحل في رواية فأشبه ما قبل الطلاق

(فصل) فإن غاب عن زوجته سنين فبلغتها وفاته فاعتدت ونكحت نكاحاً صحيحاً في الظاهر ودخل بها الثاني وأولدها أولاداً ثم قدم الأول فسخ نكاح الثاني وردت إلى الأول وتعتد من الثاني ولها عليه صداق مثلها والأولاد له لأنهم ولدوا على فراشه . روى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وهو قول الثوري وأهل العراق وابن أبي ليلى ومالك وأهل الحجاز والشافعي وإسحاق وأبي يوسف وغيرهم من أهل العلم إلا أبا حنيفة قال : الولد للأول لأنه صاحب الفراش لأن نكاحه صحيح ثابت ونكاح الثاني غير ثابت فأشبهه الاجنبي .

ولنا أن الثاني انفرد بوطئها في نكاح يلحق النسب في مثله وكان الولد له دون غيره كولد الأمة من زوجها يلحقه دون سيدها وفارق الاجنبي فإنه ليس له نكاح (فصل) وإن وطئ رجل امرأة لا زوج لها بشبهة فأقت بولد لحقه نسبه

وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة . وقال القاضي : وجدت بخط أبي بكر أنه لا يلحق به لأن النسب لا يلحق إلا في نكاح صحيح أو فاسد أو ملك أو شبهة ملك ولم يوجد شيء من ذلك ، ولأنه وطئ لا يستند إلى عقد فلم يلحق الولد فيه بالوطء كالزنا ، والصحيح في المذهب الأول

قال أحمد : كل من درأت عنه الحد ألحق به الولد . ولأنه وطئ اعتقد الواطئ .

حله فليحق به النسب كالوطء في النكاح الفاسد ، وفارق وطء الزنا فإنه لا يعتد الحل فيه ، ولو تزوج رجلان أختين فغلط بهما عند الدخول فزفت كل واحدة منهما الى زوج الاخرى فوطئها وحملت منه لحق الولد بالواطئ . لانه وطء . يعتد حله فليحق به النسب كالوطء في نكاح فاسد .

وقال أبو بكر لا يكون الولد للواطئ . وإنما يكون للزوج . وهذا الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة لأن الولد للفراش

ولنا أن الواطئ . انفراد بوطئها فيما يلحق به النسب فليحق به كما لو لم تكن ذات زوج وكما لو تزوجت امرأة المفقود عند الحكم بوفاته ثم بان حيا . والخبر مخصوص بهذا فتقيس عليه ما كان في معناه . وإن وطئت امرأته أو أمته بشبهة في طهر لم يصحها فيه فاعتزلها حتى أثبت بولد لسته أشهر من حين الوطء لحق الواطئ . وانتفى عن الزوج من غير لعان . وعلى قول أبي بكر وأبي حنيفة يلحق الزوج لأن الولد للفراش ، وإن أنكر الواطئ . الوطئ . فالقول قوله بغير يمين ويلحق نسب الولد بالزوج لأنه لا يمكن إلحاقه بالمنكر ولا تقبل دعوى الزوج في قطع نسب الولد وإن أثبت بالولد لدون ستة أشهر من حين الوطء لحق الزوج بكل حال لأننا نعلم أنه ليس من الواطئ . وإن اشتركا في وطئها في طهر فأت بولد يمكن أن يكون منها لحق الزوج لأن الولد للفراش وقد أمكن كونه منه .

وإن ادعى الزوج أنه من الواطئ . فقال بعض أصحابنا يعرض على القافة معها فيلحق بمن ألحقته منها ، فإن ألحقته بالواطئ . لحقه ولم يملك نفيه عن نفسه وانتفى عن الزوج بغير لعان ، وإن ألحقته بالزوج لحق ولم يملك نفيه باللعان في أصح الروايتين .

والأخرى له ذلك وإن ألحقته بهما لحق بهما ولم يملك الواطئ . نفيه عن نفسه وهل يملك الزوج نفيه باللعان ؟ على روايتين . وإن لم توجد قافة أو أنكر الواطئ . الوطء أو اشتبه على القافة لحق الزوج ، لأن المقتضى للحاق النسب به متحقق ولم يوجد ما يعارضه فوجب إثبات حكمه . ويحتمل أن يلحق الزوج بكل حال لأن دلالة قول القافة ضعيفة ودلالة الفراش قوية فلا يجوز ترك دلالاته لمعارضة دلالة ضعيفه .

(فصل) وان أنت بولد فادعى أنه من زوج قبله نظرنا فان كانت تزوجت بعد انقضاء العدة لم يلحق بالاول بحال وان كان بعد أربع سنين منذ بانت من الاول لم يلحق به أيضاً . وان وضعته لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني لم يلحق به وينتفى عنهما وان كان لأكثر من ستة أشهر فهو ولده . وان كان لأكثر من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني ولأقل من أربع سنين من طلاق الاول ولم يعلم انقضاء العدة عرض على القافة والحق بمن ألحقته به منهما فان ألحقته بالاول انتفى عن الزوج بغير إيمان وان ألحقته بالزوج انتفى عن الاول ولحق الزوج وهل له نفيه باللعان ؟ على روايتين

« مسألة ، قال (واللعان الذى يبرأ به من الحد أن يقول الزوج بمحضر من الحاكم : أشهد بالله لقد زنت ، ويشير إليها ، وان لم تكن حاضرة سماها ونسبها حتى يكمل ذلك أربع مرات ، ثم يوقف عند الخامسة ويقال له : اتق الله فإنها الموجبة وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، فإن أبى إلا أن يتم فليقل : ولعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ، وتقول هى : أشهد بالله لقد كذب ، أربع مرات ، ثم توقف عند الخامسة وتخوف كما خوف الرجل ، فإن أبت إلا أن تتم فلتقل : وغضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا)

فى هذه المسألة مسألتان : أحدهما أن اللعان لا يصح إلا بمحضر من الحاكم أو من يقوم مقامه ، وهذا مذهب الشافعى لأن النبى صلى الله عليه وسلم « أمر هلال ابن أمية أن يستدعى زوجته إليه ولاعن بينهما » ولأنه أما يمين وأما شهادة فأيهما كان فمن شرطه الحاكم ، وان تراضى الزوجان بغير الحاكم بلاعن بينهما لم يصح ذلك لأن اللعان مبنى على التغليظ والتأكيد فلم يجوز بغير الحاكم كالحد ، وسواء كان الزوجان حرين أو مملوكين فى ظاهر كلام الحرقى ، وقال أصحاب الشافعى : للسيد أن بلاعن بين عبده وأمه ، لأن له إقامة الحد عليهما

ولنا أنه لعان بين زوجين فلم يجوز لغير الحاكم أو نائبه كاللعان بين الحرين ، ولا نسلم أن السيد يملك إقامة الحد على أمته المزوجة ، ثم لا يشبه اللعان الحد لأن الحد زجر وتأديب واللعان أما شهادة وأما يمين فافتراقا ، ولأن اللعان دارى للحد

وموجب له فجرى مجرى إقامة البينة على الزنا والحكم به أو بنبويه ، وإن كانت المرأة خفرة لا تبرز لحوائجها بعث الحاكم نائبه وبعث معه عدولا ليلاعنوا بينهما ، وإن بعث نائبه وحده جاز لأن الجمع غير واجب .

(فصل) ويستحب أن يكون اللعان بمحضر جماعة من المسلمين لأن ابن عباس وابن عمر وسهل بن سعد حضروه مع حدائنه أسنانهم ، فدل ذلك على أنه حضره جمع كثير لأن الصبيان إنما يحضرون المجالس تبعاً للرجال ولأن اللعان بني على التغليظ مبالغة في الردع به والزجر وفعله في الجماعة أبلغ في ذلك ، ويستحب أن لا ينقصوا عن أربعة لأن بينة الزنا الذي شرع اللعان من أجل الرمي به أربعة وليس شيء من هذا واجباً . ويستحب أن يتلاعنا قياماً ، فيبدأ الزوج فيلتعن وهو قائم : فإذا فرغ قامت المرأة فالتعت وهي قائمة . لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لهلal بن أمية : قم فاشهد أربع شهادات ، ولأنه إذا قام شاهده الناس فكان أبلغ في شهرته فاستحب كثرة الجمع وليس ذلك واجباً ، وبهذا كله قال أبو حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً .

فصل في

قال الفاضل : ولا يستحب التغليظ في اللعان بمكان ولا زمان ، وبهذا قال أبو حنيفة : لأن الله تعالى أطلق الأمر بذلك ولم يقيد بزمان ولا مكان فلا يجوز تقييده إلا بدليل ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الرجل باحضار امرأته ولم يخصه بزمان ولو خصه بذلك لنقل ولم يهمل .

وقال أبو الخطاب : يستحب أن يتلاعنا في الأزمان والأماكن التي تعظم : وهذا مذهب الشافعي إلا أن عنده في التغليظ بالمكان قولين .

أحدهما : أن التغليظ به مستحب كالزمان . والثاني : أنه واجب لأن النبي صلى الله عليه وسلم لاعن عند المنبر فكان فعله بياناً للعان . ومعنى التغليظ بالمكان أهمها إذا كانا بمكة لاعن بينهما بين الركن والمقام فإنه أشرف البقاع ، وإن كانا في المدينة فعند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفي بيت المقدس عند الصخرة ، وفي سائر البلدان في جوامعها ، وأما الزمان فبعد العصر لقول الله تعالى (تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله) وأجمع المفسرون على أن المراد بالصلاة

صلاة العصر . قال أبو الخطاب في موضع : أو بين الاذنين لأن الدعاء بينهما لا يرد والصحيح الأول ولو استحب ذلك لفعله النبي صلى الله عليه وسلم ولو فعله لنقل ولم يسمع تركه وإهماله ، وأما قولهم : ان النبي صلى الله عليه وسلم لا عن بينهما عند المنبر فليس هذا في شيء من الاحاديث المشهورة .

وان ثبت هذا : فيحتمل أنه كان بحكم الاتفاق لأن مجلسه كان عنده فلا عن بينهما في مجلسه ، فإن كان اللعان بين كافرين فالحكم فيه كالحكم في اللعان بين المسلمين ، ويحتمل أن يغاظ في المكان لقوله في الايمان : وان كان لهم مواضع يعظمونها ويتوقون أن يخلفوا فيها كاذبين حلفوا فيها فعلى هذا يلاعن بينهما في مواضعهم اللاتي يعظمونها ، النصراني في الكنيسة واليهودي في البيعة والمجوسي في بيت النار وان لم يكن لهم مواضع يعظمونها حلفهم الحاكم في مجلسه لتعذر التغليظ بالمكان ، وان كانت المسئلة حائضاً . وقلنا : ان اللعان بينهما يكون في المسجد وقتت على بابه ولم تدخله لان ذلك اقرب المواضع اليه .

المسألة الثانية في ألفاظ اللعان وصفته

أما ألفاظه فهي خمسة في حق كل واحد منهما : وصفته أن الإمام يبدأ بالزوج فيقيمها ويقول له قل أربع مرات : أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي هذه من الزنا ويشير اليها ان كانت حاضرة ولا يحتاج مع الحضور والاشارة الى نسبها وتسميتها كالا يحتاج الى ذلك في سائر العقود ، وان كانت غائبة أسماها ونسبها فقال امرأتى فلانة بنت فلان ويرفع في نسبها حتى ينقى المشاركة بينها وبين غيرها فإذا شهد أربع مرات وقفه الحاكم وقال له اتق الله فإنها الموجهة وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وكل شيء أهون من لعنة الله وبأمر رجلا فيضع يده على فيه حتى لا يبادر بالخامسة قبل الموعظة : ثم يأمر الرجل فيرسل يده عن فيه فان رآه يمضي في ذلك قال له قل : وان لعنة الله على إن كنت من الكاذبين فيما رميت به زوجتي هذه من الزنا .

ثم يأمر المرأة بالقيام ويقول لها قولي أشهد بالله أن زوجي هذا من الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتشير اليه ، وان كان غائبا أسمته ونسبته فإذا كررت ذلك

أربع مرات وقفها ووعظها كما ذكرنا في حق الزوج ويأمر امرأة فتضع يدها على فيها فان رآها تنضى على ذلك قال لها قولي : وأن غضب الله على ان كان زوجي هذا من الصادقين فيما رماني به من الزنا .

قال اسحاق بن منصور : قلت لأحمد كيف يلاعن ؟ قال على ما في كتاب الله يقول أربع مرات : أشهد بالله أني فيها رميتها به لمن الصادقين ثم يوقف عند الخامسة فيقول : لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين .

والمرأة مثل ذلك توقف عند الخامسة فيقال لها اتق الله فانها الموجهة توجب عليك العذاب فإن حلفت : قالت غضب الله عليها ان كان من الصادقين ، وعدد هذه الالفاظ الخمسة شرط في اللعان ، فإن أدخل بواحدة منها لم يصح على ما ذكرناه فيما مضى ، وإن أبدل لفظا منها فظاهر كلام المحرق أنه يجوز أن يبدل قوله أني لمن الصادقين بقوله : لقد زنت لأن معناها واحد ويجوز لها ابدال انه لمن الكاذبين بقولها لقد كذب لانه ذكر صفة اللعان كذلك واتباع لفظ النص أولى وأحسن ، وإن أبدل لفظة « أشهد » بلفظ من الفاظ اليمين فقال : أحلف أو أقسم أو أولى لم يعتد به .

وقال أبو الخطاب : فيه وجه آخر أنه يعتد به لانه أنى بالمعنى فأشبهه ما لو أبدل أني لمن الصادقين بقوله لقد زنت وللشافعي وجهان في هذا والصحيح أنه لا يصح لأن ما اعتبر فيه لفظ الشهادة لم يقم غيره مقامه كالشهادات في الحقوق ، ولأن اللعان يقصد فيه التغليظ واعتبار لفظ الشهادات أبلغ في التغليظ فلم يجوز تركه ولهذا لم يجوز أن يقسم بالله من غير كلمة تقوم مقام أشهد .

والثاني : يعتد به لانه أنى بالمعنى أشبه ما قبله وللشافعي وجهان كهذين ، وإن أبدل لفظة اللعنة بالابعاد لم يجوز لأن لفظ اللعنة أبلغ في الزجر وأشد في أنفس الناس ولانه عدل عن المنصوص . وقيل : يجوز لأن معناها واحد وإن أبدلت المرأة لفظة الغضب باللعنة لم يجوز لأن الغضب أغلظ ولهذا خصت المرأة به لأن المرأة بزناها أقبح وأثمها بفعل الزنا أعظم من اثمه بالقذف : وإن أبدلتها بالسخط خرج على وجهين فيها إذا أبدل الرجل لفظة اللعنة بالابعاد : وإن أبدل الرجل لفظة اللعنة بالغضب احتمل ان يجوز لانه أبلغ واحتمل ان لا يجوز لمخالفته المنصوص

قال الوزير يحيى بن محمد بن هبيرة رحمه الله تعالى : من الفقهاء من اشترط أن يزداد بعد قوله : من الصادقين : فيما رميتها به من الزنا ، واشترط في نفيها عن نفسها فيما رماني به من الزنا ولا أراه يحتاج إليه لأن الله سبحانه أنزل ذلك وبينه ، ولم يذكر هذا الاشتراط .

وأما موعظة الامام لها بعد الرابعة وقبل الخامسة فهي مستحبة في قول أكثر أهل العلم لما روى ابن عباس قال : لما كانت الخامسة قيل يا هلال اتق الله فإنها الموجبة التي توجب عليك العذاب . فقال والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها فشهد الخامسة . فلما كانت الخامسة قيل لها اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قالت والله لا أفضع قومي فشهدت الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ، وروى أبو إسحاق الجوزجاني بإسناده حديث المتلاعنين قال : فشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ثم أمر به فأمسك على فيه فوعظه وقال : ويحك كل شيء أهون عليك من لعنة الله ثم أرسل فقال لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ثم دعاها فقرأ عليها فشهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ثم أمر بها فأمسك على فيها وقال : ويحك كل شيء أهون عليك من عذاب الله — وذكر الحديث .

(فصل) ويشترط في صحة اللعان شروط ستة .

أحدها : أن يكون بمحضر الامام أو نائبه .

والثاني : أن يأتي كل واحد منهما باللعان بعد إلقائه عليه فإن بادر به قبل أن يلقيه الامام عليه لم يصح كما لو حلف قبل أن يحلفه الحاكم .

الثالث استحكال لفظات اللعان الخمسة فإن نقص منها لفظة لم يصح .

الرابع : أن يأتي بصورته إلا ما ذكرنا من الاختلاف في إبدال لفظة بمثلها في المعنى . الخامس : الترتيب فإن قدم لفظة اللعنة على شيء من الألفاظ الأربعة أو قدمت المرأة لعانها على لعان الرجل لم يعتد به . السادس : الإشارة من كل واحد منهما إلى صاحبه إن كان حاضراً وتسميته ونسبته إن كان غائبا ولا يشترط حضورهما

معا بل لو كان أحدهما غائبا عن صاحبه مثل أن لاعن الرجل في المسجد والمرأة على بابه لعدم إمكان دخولها جاز .

(فصل : وإذا كان الزوجان يعرفان العريية لم يحز أن يلتعنا بغيرها لأن اللعان ورد في القرآن بلفظ العربية ، وإن كانا لا يحسنان ذلك جاز لهما الالتعان بلسانهما لموضع الحاجة فإن كان الحاكم يحسن لسانهما اجزا ذلك ، ويستحب أن يحضر معه أربعة يحسنون لسانهما ، وإن كان الحاكم لا يحسن لسانهما فلا بد من ترجمان ، قال القاضي : ولا يحزى في الترجمة أقل من اثنين عدلين ، وهو قول الشافعي وظاهر قول الحرقى لأنه قال ولا يقبل في الترجمة عن أعجمي حاكم إليه إذا لم يعرف لسانه أقل من عدلين يعرفان لسانه ، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى أنه يحزى قول عدل واحد ، وهو قول أبي حنيفة وسنذكر ذلك في موضع آخر إن شاء الله تعالى .

« مسألة ، قال (وإن كان بينهما في اللعان ولد ذكر الولد ، فإذا قال أشهد بالله لقد زنت يقول . وما هذا الولد ولدى . وتقول هي أشهد بالله لقد كذب وهذا الولد ولده) »

وجملة ذلك : أنه متى كان اللعان لنفي ولد فلا بد من ذكره في لعانهما ، وقال الشافعي لا يحتاج المرأة إلى ذكره لأنها لا تنفيه وإنما احتاج الزوج إلى ذكره لنفيه وقال أبو بكر لا يحتاج واحد منهما إلى ذكره وينتفى بزوال الفراش .

ولنا أن من سقط حقه باللعان اشترط ذكره فيه كالمرأة ، والمرأة أحد الزوجين فكان ذكر الولد شرطا في لعانها كالزوج ولأنهما متحالفتان على شيء فاشترط ذكره في تحالفهما كالمختلفين في البين وظاهر كلام الحرقى أنه يكتفى بقول الزوج : وما هذا الولد ولدى ومن المرأة بقولها وهذا الولد ولده . وقال القاضي يشترط أن يقول هذا الولد من زنا وليس هو مني ، وهو مذهب الشافعي لأنه قد يريد بقوله ليس هو مني يعني خلقا وخلقا ولم تقتصر على قوله من زنا لأنه قد يعتقد أن الوطء في نكاح فاسد زنا فأكدنا بذكرهما جميعا .

ولنا : أنه نفى الولد في اللعان فاكفى به كالأول ذكر اللفظين ، وما ذكره

من التأكيد تحكم بغير دليل ولا ينتفى الاحتمال بضم إحدى اللفظتين إلى الأخرى فإنه إذا اعتقد أنه من وطء فاسد ، واعتقد أن ذلك زنا صح منه أن يقول اللفظين جميعاً ، وقد يريد أنه لا يشبهني خلقاً وخلقاً ، أو أنه من وطء فاسد ، فإن لم يذكر الولد في اللعان لم ينتف عنه ، وإن أراد نفيه أعاد اللعان ويذكر تفي الولد فيه .

(فصل)

وإذا قذف امرأته بالزنا برجل بعينه فقد قذفهما ، وإذا لاعنها سقط الحد عنه لهما ، سواء ذكر الرجل في لعانه أو لم يذكره ، وإن لم يلاعن فلكل واحد منهما المطالبة ، وأيهما طالب حد له ومن لم يطالب فلا يحد له ، كما لو قذف رجلاً بالزنا بامرأة معينة . وبهذا قال أبو حنيفة ومالك ، إلا في أنه لا يسقط حده بلعانها وقال بعض أصحابنا : القذف للزوجة وحدها ولا يتعلق بغيرها حق في المطالبة ولا الحد ، لأن هلال بن أمية قذف زوجته بشريك بن سحماه فلم يحسده النبي صلى الله عليه وسلم ولا عزره له .

وقال بعض أصحاب الشافعي : يجب الحد وهل يجب حد واحد أو حدان ؟ على وجهين . وقال بعضهم لا يجب إلا حد واحد قولاً واحداً ، ولا خلاف بينهم أنه إذا لاعن وذكر الأجنبية في لعانه أنه يسقط عنه حكمه ، وإن لم يذكره فعلى وجهين . ولنا أن اللعان بينة في أحد الطرفين فكان بينة في الطرف الآخر كالشهادة ولأن به حاجة إلى قذف الزاني لما أفسد عليه من فراشه ، وربما يحتاج إلى ذكره ليستدل بشبه الولد للقذوف على صدق قاذفه ، كما استدل النبي صلى الله عليه وسلم على مسدق هلال بشبه الولد لشريك بن سحماه ، فوجب أن يسقط حكم قذفه ما أسقط حكم قذفها قياساً له عليها .

(فصل) ولو قذف امرأته وأجنبية أو أجنبية بكلمتين فعليه حدان لهما ؛ فيخرج من حد الأجنبية بالبينة خاصة ومن حد الزوجة بالبينة أو اللعان ، وإن قذفهما بكلمة فكذلك ، إلا أنه إذا لم يلاعن ولم تقم بينة فهل يحد لهما حداً واحداً أو حدين على روايتين .

أحدهما : يحد حداً واحداً ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي في القديم : وزاد

أبو حنيفة سواء كان بكلمة أو بكلمات لأنهما حدود من جنس فوجب أن تتداخل كحدود الزنا .

والثانية أن طالبوا مجتمعين لحد واحد وإن طالبوا متفرقين فلكل واحد حد لأنهم إذا اجتمعوا في الطلب أمكن إيقاؤهم بالحد الواحد ، وإذا تفرقوا لم يمكن جعل الحد الواحد إيقاء لمن لم يطالب ، لأنه لا يجوز إقامة الحد له قبل المطالبة منه وقال الشافعي في الحد : يقام لكل واحد حد بكل حال لأنها حقوق لأدميين فلم تتداخل كالديون .

ولنا أنه إذا قذفهما بكلمة واحدة يجرى حد واحد لأنه يظهر كذبه في قذفه وبرائة عرضهما من رمية بحد واحد فأجزأ ، كما لو كان القذف لواحد ، وإذا قذفهما بكلمتين وجب حدان لأنهما قذفان لشخصين فوجب لكل واحد حد ، كما لو قذف الثاني بعد حد الأول ، وهكذا الحكم فيما إذا قذف أجنبيتين أو أجنبيات بالتفصيل فيه على ما ذكرناه ، وإن قذف أربع نسائه فالحكم في الحد كذلك ، وإن أراد اللعان فعليه أن يلاعن لكل واحدة لعاناً مفرداً ويبدأ بلعان التي تبدأ بالمطالبة ، فإن طالبين جميعاً وتشاحجن بدأ بإحدهن بالقرعة وإن لم يتشاحجن بدأ بلعان من شاء منهن ، ولو بدأ بأحد منهن من غير قرعة مع المشاحة صرح ، ويحتمل أن يجرئه لعان واحد فيقول : أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميت به كل واحدة من زوجاتي هؤلاء الأربع من الزنا ، وتقول كل واحدة : أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا لأنه يحصل المقصود بذلك ، والأول أصح لأن اللعان أيان فلا تتداخل للجماعة كالآيمان في الديون

(فصل : ولو قال لزوجته يا زانية بنت الزانية فقد قذفها وقذف أمها بكلمتين والحكم في الحد لهما على ماضى من التفصيل فيه ، فإن اجتمعا في المطالبة فنى أيتها يتقدم ؟ فيه وجهان

أحدهما : الأم ، لأن حقها أكد لكونه لا يسقط إلا بالبينة ، ولأن لها فضيلة الأمومة

والثاني تقديم البنت ، لأنه بدأ بقذفها ، ومتى حد لإحدهما تم وجب عليه الحد للآخرى لم يحد حتى يبرأ جلده من حد الأولى ، فإن قيل إن الحد مهنا حق لأدمى

فلم لا ير الى بينهما كالفصاص ، فإنه لو قطع يدى رجلين قطعنا يديه لهما ولم تؤخره؟ قلنا لأن حد القذف لا يتكرر بتكرر سببه قبل إقامة حده فالموالاة بين حدين فيه تخرجه عن موضوعه . والقصاص يجوز أن تقطع الأطراف كلها فى قصاص واحد ، فإذا جاز لواحد فلاثنين أولى .

(فصل) وإن قذف محصنا مرات فحد واحد رواية واحدة . سواء قذفه بزنا آخر أو كرر القذف بالأول لانهما حدان مترادف سببهما فتداخلا كالزنا مرارا ، وإن قذفه لحد له ثم قذفه مرة أخرى بذلك الزنا فلا حد عليه لأنه قد تحقق كذبه فيه بالحد فلا حاجة إلى إظهار كذبه فيه ثانيا ، ولما جلد عمر أبا بكره حين شهد على المغيرة بن شعبه أعاد قذفه ، فهمم عمر بإعادة الحد عليه . فقال له على إن جلدته فارجم صاحبه فتركه ، ولكنه يعزر تعزير السب والشتم .

وذكر القاضى أن فيه رواية أخرى أن عليه الحد ثانيا لأنه قذف ثان بعد إقامة الحد عليه . فأشبه ما لو قذفه بزنا ثان : وأما إن قذفه بزنا آخر فعليه حد آخر لأنه قذف لمحصن لم يحد فيه فوجب أن يتعصبه الحد كالاول ، ولأن سبب الحد وجد بعد إقامته فأعيد عليه كالزنا والسرقة .

وعن أحمد رواية أخرى : لا حد عليه فى الثانى لأنه حد لصاحبه مرة فلا يعاد عليه الحد كما لو قذفه بالزنا الاول . وعلى هذه الرواية يعزر تعزير السب والشتم . وهذه الرواية الثانية فيما إذا تقارب القذف الثانى من الحد ، فأما إذا تباعد زمانهما وجب الحد بكل حال ، لأنه لا يجوز أن يكون حده مرة من أجله فوجب إطلاق عرضه له . ومذهب الشافعى فى هذا كذهبننا إلا أنهم حكوا عن الشافعى فيما إذا أعاد القذف بزنا ثان قبل إقامة الحد قولين

أحدهما : يجب حد واحد

والثانى يجب حدان ، فأما ان قذف أجنبية ثم تزوجها ثم قذفها ، فعليه الحد للقذف الاول ولا شيء عليه للثانى فى قول أبى بكر ، وحكى نحو ذلك عن الزهرى والثورى وأصحاب الراى لأنه لو قذف أجنبية قذفين لم يجب عليه أكثر من حد واحد ، واختار القاضى أنه ان قذفها بالزنا الاول لم يكن عليه أكثر من حد واحد وليس له إسقاطه الا بالبينة . وان قذفها بزنا آخر فهو على الروايتين فيما إذا قذف،

الاجنبية ثم حد لها ثم قذفها بزنا آخر، فإن قلنا يجب حدان فطالبت المرأة بموجب القذف الاول فأقام به بيعة سقط عنه حده ولم يجب في الثاني حد لانها غير محصنة وإن لم يقيم بيعة حد لها، ومتى طالبت بموجب الثاني فأقام به بيعة أو لاعنها سقط وإلا وجب عليه الحد أيضا، لأن هذا القذف موجه غير موجب الاول. فإن الاول موجه الحد على الخصوص، والثاني موجه اللعان والحد، وإن بدأت بالمطالبة بموجب الثاني فأقام بيعة به أو لاعن سقط حده ولها المطالبة بموجب الاول، فإن أقام به بيعة وإلا حد.

قال القاضي: إن أقام بالثاني بيعة سقط موجب الاول، وهو مذهب الشافعي لأنها صارت غير محصنة ولا يثبت لها حد المحصنات.

ولنا أن سقوط احصانها في الثاني لا يوجب سقوطه فيما قبل ذلك كما لو استوفى حده قبل إقامة البيعة. ولعل هذا ينبى على ما إذا قذف رجلا فلم يقيم الحد على القاذف حتى زنى المقذوف، وإن لم يقيم بيعة عليهما ولم يلتعن للثاني أم يجب الا حد واحد، نص عليه أحمد. ولأنهما حدان من جنسين ترادفا فلم يقيم أحدهما فتداخلا، كما لو قذفها وهي أجنبية قذفين، ولو قذف زوجته فحد لها ثم أعاد قذفها بذلك الزنا لم يحد لها لما ذكرنا في إعادة قذف الاجنبى لكن يعزر للأذى والسب وليس له إسقاط التعزير باللعان لأنه تعزير سب لا تعزير قذف الا على الرواية التي تلزم الاجنبى حدان بإعادة القذف فإنه يلزمه هنا حد وله إسقاطه باللعان. وإن ولد له ولد بعد حده فذكر أنه من ذلك الزنا فله اللعان لإسقاطه على كلتا الروايتين لأنه محتاج الى نفيه

وإن قذفها في الزوجية قذفين بزنا من فليس عليه الا حد واحد ويكفيه لعان واحد لأنه يمين، فإذا كان الحقان لو احد كفته يمين واحدة لكنه يحتاج ان يقول أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتهما به من الزنا من، وفارق ما إذا قذف زوجتين حيث لا يكفيه لعان واحد، لأن اليمين وجبت لكل واحد منهما فلا تتداخل كسائر الايمان. وإن أقام البيعة بالاول سقط عنه موجب الثاني لأنه زال احصانها ولا لعان الا أن يكون فيه نسب يريد نفيه، وإن أقامها بالثاني لم يسقط الحد الاول وله إسقاطه باللعان الا على قول القاضي فإنه يسقط بإقامة البيعة

على الثاني ، وان قذفها في الزوجية ولا عنها ثم قذفها بالزنا الاول فلا حد عليه لانه قد حققه بلعانه ، ويحتمل أن يحد كما لو قذفها به أجنبي ، وهو قول القاضي ، ولو قذفها به أجنبي أو بزنا غيره فعليه الحد في قول عامة أهل العلم ، منهم ابن عباس والزهرى والشعبي والنخعي وقتادة ومالك والشافعي وأبو عبيد ، وذكر أبو عبيد عن أصحاب الرأي أنهم قالوا . ان لم ينف بلعانها ولداً حد قاذفها وان نفاه فلا حد على قاذفها لانه منتف عن زوجها بالشرع

ولنا ما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : من رماها أو ولدها فعليه الحد ، رواه أبو داود ، وهذا نص فإنه نص على من رماها ، مع أن ولدها منفي عن الملاعن شرعاً ، ولانه لم يثبت زناها ولا زال احصانها فيلزم قاذفها الحد بقوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) وكما لو لم ينف ولدها

فأما ان أقام بينة فقذفها قاذف بذلك الزنا أو بغيره فلا حد عليه لانه قد زال احصانها ، ولان هذا القذف لم يدخل المعرة عليها ، وانما دخلت المعرة بقيام البينة ولكنه يعزر تعزير السب والاذى ، وهكذا كل من قامت البينة بزناه لا حد على قاذفه ، وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ولكنه يعزر تعزير السب والاذى ولا يملك الزوج اسقاطه عن نفسه باللعان لما قدمناه . وان قذف زوجته ولا عنها ثم قذفها بزنا آخر فعليه الحد لانها بانته منه باللعان وصارت أجنبية الا أن يضيف الزنا الى حال الزوجية فعند ذلك ان كان ثم نسب يريد نفيه فله الملاعنة لنفيه والا لزمه الحد ولا لعان بينهما

« مسألة ، قال (فإن التعن هو ولم تلتعن هي فلا حد عليها والزوجية بحالها)

وجملة ذلك أنه اذا لاعنها وامتنعت من الملاعنة فلا حد عليها ، وبه قال الحسن والاوزاعي وأصحاب الرأي ، وروى ذلك عن الحارث العكلى وعطاء الخراساني وذهب مكحول والشعبي ومالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأبو اسحاق الجوزجاني وابن المنذر الى ان عليها الحد لقول الله تعالى (ويدراً عنها العذاب ان تشهد أربع شهادات) والعذاب الذي يدرأه لعانها هو الحد المذكور في قوله

سبحانه (وإشهاد عذابيها طائفة من المؤمنين) ولأنه بلعانه حقه زناها فوجب عليها الحد كما لو شهد عليها أربعة

ولنا : أنه لم يتحقق زناها فلا يجب عليها الحد كما لو لم يلاعن ، ودليل ذلك أن تحقيق زناها لا يخلو إما أن يكون بلعان الزوج أو بنكولها أو بهما لا يجوز أن يكون بلعان الزوج وحده لأنه لو ثبت زناها به لما سمع لعانها ولا وجب الحد على قاذفها ولأنه إما بين وأما شهادة وكلاهما لا يثبت له الحق على غيره ولا يجوز أن يثبت بنكولها لأن الحد لا يثبت بالنكول فإنه يدرأ بالشبهات فلا يثبت بها ، وذلك لأن النكول يحتمل أن يكون لشدة خفرها أو لعقلة على لسانها أو غير ذلك فلا يجوز اثبات الحد الذي اعتبر في بينته من العدد ضعف ما اعتبر في سائر الحدود واعتبر في حقهم أن يصفوا صورة الفعل وأن يصرحوا بلفظه ، وغير ذلك مبالغة في نفى الشبهات عنه وتوسلا إلى إسقاطه ، ولا يجوز أن يقضى فيه بالنكول الذي هو في نفسه شبهة لا يقضى به في شيء من الحدود ولا العقوبات ولا ما عدا الأموال ، مع أن الشافعي لا يرى القضاء بالنكول في شيء فكيف يقضى به في أعظم الأمور وأبعدها ثبوتاً وأسرعها سقوطاً ، ولأنها لو أقرت بلسانها ثم رجعت لم يجب عليها الحد فلأن لا يجب بمجرد امتناعها من التمين على براءتها أولى

ولا يجوز أن يقضى فيه بهما لأن ما لا يقضى فيه بالتمين المفردة لا يقضى فيه بالتمين مع النكول كسائر الحقوق . ولأن ما في كل واحد منهما من الشبهة لا ينتفى بضم أحدهما إلى الآخر فإن احتمال نكولها افترط حياؤها وعجزها عن النطق باللعان في مجمع الناس لا يزول بلعان الزوج . والعذاب يجوز أن يكون الحدس أو غيره فلا يتعين في الحد ، وإن احتمل أن يكون هو المراد فلا يثبت الحد بالاحتمال ، وقد يرجح ما ذكرناه بقول عمر رضي الله عنه إن الحد على من زنا وقد أحسن إذا كانت بينة أو كان الحمل أو الاعتراف ، فذكر موجبات الحد ولم يذكر اللعان

واختلفت الرواية : فيما يصنع بها فروى أنها تحبس حتى تلتعن أو تقر أربعاً قال أحمد . فإن أبت المرأة أن تلتعن بعد التعمان الرجل أجبرتها عليه وهبت أن

أحكم عليها الرجم لأنها لو أقرت بلسانها لم أرجعها إذا رجعت فكيف إذا أبت اللعان ؟ ولا يسقط النسب إلا بالتعاضد جميعا لأن الفراش قائم حتى تلتعن والولد للفراش ، قال القاضي : هذه الرواية أصح وهذا قول من وافقنا في أنه لا حد عليها وذلك لقول الله تعالى (ويأمر أ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله) فيدل على أنها إذا لم تشهد لا يندري عنها العذاب .

والرواية الثانية : يخلى سبيلها وهو قول أبي بكر لأنه لم يجب عليها الحد فيجب تخلية سبيلها كما لو لم تكمل البينة ، فأما الزوجية فلا تزول والولد لا ينتفى ما لم يتم اللعان بينهما في قول عامة أهل العلم إلا الشافعي فإنه قضى بالفرقة ونفى الولد بمجرد لعان الرجل وقد ذكرنا ذلك .

• مسألة ، قال (وكذلك ان أقرت دون الأربع مرات)

وجملته : أن الرجل إذا قذف امرأته فصدقته وأقرت بالزنا مرة أو مرتين أو ثلاثا لم يجب عليها الحد لأنه لا يثبت إلا بإقرار أربع مرات على ما يذكر في الحدود ثم ان كان تصديتها له قبل لعانه فلا لعان بينهما لأن اللعان كالبينة إنما يقام مع الإنكار ، وان كان بعد لعانه لم تلعن هي لأنها لا تعلم مع الإقرار وحكمها حكم ما لو امتنعت من غير إقرار . . بهذا قال أبو حنيفة

وقال الشافعي : ان صدقته قبل لعانه فعليها الحد وليس له أن يلعن إلا أن يكون ثم نسب ينفيه فيلعن وحده وينتفى النسب بمجرد لعانه فإن كان بعد لعانه فقد انتفى النسب ولزمها الحد بناء على أن النسب ينتفى بمجرد لعانه وتقع الفرقة ويجب الحد فإن الحد بإقرار مرة وهذه الأصول قد مضى أكثرها ولو أقرت أربعاً وجب الحد ولا لعان بينهما إذا لم يكن ثم نسب ينفى ، وإن رجعت سقط الحد عنها بغير خلاف علمناه ، وبه يقول الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، فإن الرجوع عن الإقرار بالحد مقبول وليس له أن يلعن للحد فإنه لم يجب عليه لتصديقها إياه وان أراد لعانها لنفى نسب فظاهر قول الحنفى إنه ليس له ذلك في جميع هذه الصور ، وهو قول أصحاب الرأي .

وقال الشافعي : له لعانها لنفى النسب فيها كلها لأنها لو كانت عفيفة صالحه

فكذبت ملك نفى ولدها فإذا كانت فاجرة فصدقته فلأن يملك نفى ولدها أولى
ووجه الأول أن نفى الولد إنما يكون بلعانها معا وقد تعذر اللعان منهما ولأنها
لا تستحلف على نفى ما تقر به فتعذر نفى الولد لتعذر سببه كما لو مات بعد القذف
وقبل اللعان .

(فصل) ولو قال لامرأته يا زانية فقالت بك زنيته فلا حد عليها ولا عليه
وقال أصحاب الشافعي . عليه حد القذف لأنه يحتمل أنها أرادت بذلك نفى الزنا
عن نفسها كما يستعمل أهل العرف فيها إذا قال قائل سرقت قال معك سرقت أي
أنا لم أسرق لكونك أنت لم تسرق .

ولما أنها صدقته في قذفه إياها فاشبه ما لو قال صدقت ولا حد عليها لأن
حد الزنا لا يثبت إلا بالاقرار أربع مرات وليس عليها حد القذف لأنها لم تقذفه
وإنما أقرت على نفسها بزناها به ويمكن ذلك من غير كونه زانيا بأن يظنها زوجته
وهي عالة أنه اجنبي ولأنه يحتمل أن تريد نفى ذلك عنهما كما ذكرناه أو أنه لم
يطأني سواك فإن لم يكن زنا فانت شريكى فيه ولا يجب الحد مع الاحتمال ولا يلزم
من سقوطه عن الرجل بظاهر تصديقها وجوبه عليها مع الاحتمال فإن الحد يدرأ
بالشبهات ولا يجب بها .

ولو قال يا زانية فقالت انت ازني مني ، فقال أبو بكر فيها كالتى قبلها لا حد
على الزوج بتصديقها له ولا على المرأة لما ذكرنا في التى قبلها .

وقال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ليس قولها قذفا قال الشافعي إلا أن
تريد القذف لأنه يحتمل أن تريد أنه أصابني وهو زوجي فإن كان ذلك فهو ابلغ
منى فيه ، وقال القاضي : عليها حد لقذفها ولا حد عليه لتصديقها إياه وقد انت
بصرح قذفه بالزنا فوجب عليها الحد كما لو قالت انت زان والاحتمال مع التصريح
بالقذف لا يمنع الحد كما لو قالت انت زان ، فأما أن قال يا زانية فقالت بل انت
زان فكل واحد منهما قاذف لصاحبه عليه حد القذف لأن المرأة لا تملك إسقاط
حدها إلا بالبينة والزوج يملك إسقاطه ببينة أو لعان .

كتاب العدد

الأصل في وجوب العدة الكتاب والسنة والإجماع : أما الكتاب فقول الله تعالى : والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء (وقوله سبحانه) واللاتي يثنى من الحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ، وقوله تعالى : والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً) .

وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم ، لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تتحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً ، وقال لفاطمة بنت قيس ، اعتدى في بيت ابن أم مكتوم ، في آني وأحاديث كثيرة وأجمعت الأمة على وجوب العدة في الجملة ، وأنا اختلفوا في أنواع منها وأجمعوا على أن المطلقة قبل المسيس لا عدة عليها لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فتمتعوهن وسرحوهن سراحاً جميلاً) ولأن العدة تجب لبرامة الرحم وقد تيقناها ههنا ، وهكذا كل فرقة في الحياة كالفسخ لرضاع أو عيب أو عتق أو لعان أو اختلاف دين .

(فصل) ونجب العدة على الذمية من الذمي والمسلم ، وقال أبو حنيفة : ان لم تكن من دينهم لم تلزمها لأنهم لا يخاطبون بفروع الدين .
ولنا عموم الآيات وثلاثها بائن بعد الدخول أشبه المسلمة وعدتها كعدة المسلمة في قول علماء الأمصار منهم مالك والثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي ومن تبعهم إلا ما روى عن مالك أنه قال تعد من الوفاة بحيضة .
ولنا عموم قول الله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً) وثلاثها معتدة من الوفاة أشبهت المسلمة .
(فصل) والمعتدات ثلاثة أقسام :

معتدة بالحمل . وهي كل امرأة حامل من زوج إذا فارقت زوجها بطلاق

أو فسخ أو موته عنها حرة كانت أو أمة مسلمة أو كافرة فعدتها بوضع الحمل ولو بعد ساعة لقول الله تعالى (وأولات الاحمال أجلمن أن يضعن حملهن .
والثاني معتدة بالقروه . وهي كل معتدة من فرقة في الحياة أو وطء في غير
نكاح إذا كانت ذات قرء فعدتها القرء لقول الله تعالى (والمطلقات يتربصن
بأنفسهن ثلاثة قروء) .

والثالث معتدة بالشهور . وهي كل من تعدد بالقرء إذا لم تسكن ذات قرء لصغر
أو يأس لقول الله تعالى (واللاتئى ينسن من الحيض من نساكنكم ان ارتبتم فعدتهن
ثلاثة أشهر واللاتئى لم يحضن) وذات القرء إذا ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه
استدت بتسعة أشهر للحمل ، وعدة الأيسة وكل من توفي عنها زوجها ولا حمل بها
قبل الدخول أو بعده حرة أو أمة فعدتها بالشهور لقول الله تعالى (والذين يتوفون
منكم ، يتركون أزواجهن يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً) .

فصل في

وكل فرقة بين زوجين فعدتها عدة الطلاق سواء كانت بخلع أو لعان أو رضاع
أو فسخ بعيب أو عسار أو اعتاق أو اختلاف دين أو غيره في قول أكثر أهل العلم
وروى عن ابن عباس أن عدة الملائنة تسعة أشهر وأب ذلك سائر أهل العلم وقالوا
عدتها عدة الطلاق لأنها مفارقة في الحياة فأشبهت المطلقاة وأكثر أهل العلم يقولون
عدة المختلعة عدة المطلقاة منهم سعيد بن المسيب وسالم بن عبد الله وعروة وسليمان
ابن يسار وعمر بن عبد العزيز والحسن والشعب والنخعي والزهري وقتادة وخلاس
ابن عمرو وأبو عياض ومالك والليث والأوزاعي والشافعي .

وروى عن عثمان بن عفان وابن عمر وابن عباس وإبان بن عثمان وإسحاق
وابن المنذر أن عدة المختلعة حيضة ، ورواه ابن القاسم عن أحمد لما روى ابن عباس
أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فجعل النبي صلى الله عليه وسلم عدتها حيضة ،
رواه النسائي ، وعن ربيع بنت معوذ مثل ذلك وإن عثمان قضى به رواه النسائي
وابن ماجه .

ولنا قول الله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) ولأنها فرقة
بعد الدخول في الحياة فكانت ثلاثة قروء كغير الخلع وقول النبي صلى الله عليه وسلم

و قرء الأمة حيضتان ، عام ، وحديثهم يرويه عكرمه مرسل ، قال أبو بكر هو ضعيف مرسل ، وقول عثمان وابن عباس قد خالفه قول عمر وعلي فإنهما قالا عدتها ثلاث حيض وقولهما أولى ، وأما ابن عمر فقد روى مالك عن نافع عنه أنه قال عدة المختلعة عدة مطلقة وهو أصح عنه .

(فصل) والموطوءة شبيهة تعدد عدة المطلقة وكذلك الموطوءة في نكاح فاسد وبهذا قال الشافعي لأن وطء الشبهة وفي النكاح الفاسد في شغل الرحم والحقوق النسب كالوطء في النكاح الصحيح فكأن مثله فيما تحصل به البراءة وإن وطئت المزوجة بشبهة لم يحل لزوجها وطؤها قبل انقضاء عدتها كيلا يفضى الى اختلاط المياه واشتباه الأسباب وله الاستمتاع منها بما دون الفرج في أحد الوجهين لأنها زوجة حرم وطؤها لعارض يختص بالفرج فأبيح الاستمتاع منها بما دونه كالحائض

(فصل) والمزني بها كالموطوءة بشبهة في العدة ، وبهذا قال الحسن والنخعي وعن أحمد رواية أخرى أنها تستبرأ بحضة ذكرها ابن أبي موسى ، وهذا قول مالك ، وروى عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما لأعدة عليها ، وهو قول الثوري ، الشافعي وأصحاب الرأي لأن العدة لحفظ النسب ولا يلحقه نسب ، وقد روى عن علي رضي الله عنه ما يدل على ذلك

ولنا . أنه وطء يقتضي شغل الرحم فوجبت العدة منه كوطء الشبهة ، وأما وجوبها كمدة المطلقة فلأنها حرة يوجب استبراؤها بعدة كاملة كالموطوءة بشبهة وقولهم إنما يجب لحفظ النسب لا يصح فإنها لو اختصت بذلك لما وجبت على الملاءنة المنقذ ولدها والآيسة والصغيرة ولما وجب استبراء الأمة التي لا يلحق ولدها بالبائع ولو وجبت لذلك لكان استبراء الأمة على البائع ثم لو ثبت أنها وجبت لذلك فالحاجة إليها داعية فإن المزني بها إذا تزوجت قبل الاعتداد اشتبه ولد الزوج بالولد من الزنا فلا يحصل حفظ النسب .

مسألة ، قال رحمه الله تعالى (وإذا طلق الرجل زوجته وقد خلا بها فعدتها ثلاث حيض غير الحيضة التي طلقها فيها)

في هذه المسألة ثلاثة فصول أحدها : أن العدة يجب على كل من خلا بها

زوجها وإن لم يسها ، ولا خلاف بين أهل العلم في وجوبها على المطلقة بعد المسيس فاما ان خلا بها ولم يصيها ثم طلقها فإن مذهب أحد وجوب العدة عليها . وروى ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر ، وبه قال عروة وعلي بن الحسين وعطاء والزهرى والثورى والأوراعى واسحاق وأصحاب الرأى والشافعى في قديم قوليهِ وقال الشافعى في الجديد : لا عدة عليها لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) وهذا نص ، ولأنها مطلقة لم تمس ، فاشبهت من لم يخل بها

ولنا اجماع الصحابة . روى الامام أحمد والأثرم بإسنادهما عن زرارة بن أوفى قال : قضى الخلفاء الراشدون أن من أرخى ستراً أو أغلق باباً فقد وجب المهر ووجبت العدة ، ورواه الأثرم أيضاً عن الأحنف عن عمر وعلي . وعن سعيد بن المسيب عن عمر وزيد بن ثابت ، وهذه قضايا اشتهرت فلم تذكر فصارت اجماعاً ، وضعف أحمد ما روى في خلاف ذلك ، وقد ذكرناه في كتاب الصداق ، ولأنه عقد على المنافع ، فالتمسكين فيه يجرى مجرى الاستيفاء في الأحكام المتعلقة كعقد الاجارة ، والآية مخصوصة بما ذكرناه ، ولا يصح القياس على من لم يخل بها لأنه لم يوجد منها التمكن .

(فصل) وظاهر كلام الحرقى أنه لا فرق بين أن يخلو بها مع المانع من الوطء أو مع عدمه ، سواء كان المانع حقيقياً كالجب والعنة والفتق والرتق ، أو شرعياً كالصوم والاحرام والحيض والنفاس والظهار ، لأن الحكم علق ههنا على الخلوة التي هي مظنة الاصابة دون حقيقتها ، ولهذا لو خلا بها فانت بولد لمدة الحمل لحقه نسبه وإن لم يطل .

وقد روى عن أحمد أن الصداق لا يكمل مع وجود المانع فكذلك يخرج في العدة ، وروى عنه أن صوم شهر رمضان يمنع كمال الصداق مع الخلوة ، وهذا يدل على أنه متى كان المانع متأكداً كالأحرام وشبهه منع كمال الصداق ، ولم نجب العدة لأن الخلوة إنما أقيمت مقام المسيس لأنها مظنة له ، ومع المانع لا تتحقق المظنة . وأما ان خلا بها وهي صغيرة لا يمكن وطؤها أو كان أعشى فلم يعلم بها فلا عدة عليها ولا يكمل صداقها ، لأن المظنة لا تتحقق مع ظهور استحالة المسيس

الفصل الثاني

ان عدة المطلقة اذا كانت حرة وهى من ذوات القروء ثلاثة قروء بلا خلاف بين أهل العلم ، وذلك لقول الله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ، والقروء فى كلام العرب يقع على الحيض والطهر جميعا فهو من الاسماء المشتركة . قال أحمد بن يحيى ثعلب : القروء الاوقات ، الواحد قروء وقد يكون حيضا وقد يكون طهرا لان كل واحد منهما يأتي لوقت . قال الشاعر :

كرهت العقر عقر بنى تميم اذا هبت لقارنهما الرياح
يعنى لوقتها ، وقال الخليل بن أحمد : يقال أقرأت المرأة اذا دنا حيضها وأقرأت اذا دنا طهرها . وفى الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم : دعى الصلاة أيام أقرائك فهذا الحيض ، وقال الشاعر :

مورثة عزا وفى الحى رفعة لما ضاع فيها من قروء نسائك
فهذا الطهر ، واختلف أهل العلم فى المراد بقوله سبحانه (يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) واختلفت الرواية فى ذلك عن أحمد ، فروى أنها الحيض ، روى ذلك عن عمر وعلى وابن عباس وسعيد بن المسيب والثورى والاوزاعى والغنبرى واسحاق وأبى عبيد وأصحاب الرأى ، وروى ذلك عن أبى بكر الصديق وعثمان ابن عفان رضى الله عنهما وأبى موسى وعبد الله بن الصامت وأبى الدرداء .

قال القاضى : الصحيح عن أحمد أن الأقراء الحيض ، واليه ذهب أصحابنا ورجع عن قوله بالاطهار ، فقال فى روايه النيسابورى : كنت أقول انه الاطهار وأنا أذهب اليوم الى أن الأقراء الحيض ، وقال فى رواية الاثرم : كنت أقول الاطهار ثم وقفت لقول الاكابر

والرواية الثانية عن أحمد أن القروء الاطهار ، وهو قول زيد وابن عمر وعائشة وسليمان بن يسار والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وأبان بن عثمان وعمر بن عبد العزيز والزهرى ومالك والشافعى وأبى ثور ، وقال أبو بكر بن عبد الرحمن ما أدركت أحدا من فقهاءنا الا وهو يقول ذلك ، قال ابن عبد البر رجع أحمد الى أن القروء الاطهار ، قال فى رواية الاثرم : رأيت الأحاديث عن قال القروء الحيض تختلف والأحاديث عن قال انه أحق بها حتى تدخل فى الحيضة الثالثة

أحاديثها صحاح وقوية ، واحتج من قال ذلك بقول الله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) أن في عدتهن ، كقوله تعالى (ونضع الموازين القسط ليوم القيامة) أي في يوم القيامة ، وإنما أمر بالطلاق في الطهر لا في الحيض ، ويدل عليه قول النبي (ص) في حديث ابن عمر : مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، فإن شاء طلق وإن شاء أمسك . فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء ، متفق عليه . وفي رواية ابن عمر : فطلقوهن في قبل عدتهن ، ولأنها عدة عن طلاق مجرد مباح فوجب أن يعتبر عقيب الطلاق وكعدة الآية والصغيرة

ولنا قول الله تعالى : واللاتي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن (فنقلهن عند عدم الحيض إلى الاعتداد بالأشهر فدل ذلك على أن الأصل الحيض كما قال تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً) الآية . ولأن المهود في لسان الشرع استعمال القرء بمعنى الحيض ، قال النبي صلى الله عليه وسلم : تدع الصلاة أيام إقرائهما ، رواه أبو داود ، وقال إفاطمة بنت أبي حبيش : انظري فإذا أتى قرؤك فلا تصلي وإذا مر قرؤك فتطهري ثم صلي ما بين القرء إلى القرء ، رواه النسائي ولم يعهد في لسانه استعماله بمعنى الطهر في موضع ، فوجب أن يحمل كلامه على المهود في لسانه .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : طلاق الأمة طلقتان وقرؤها حيضتان ، رواه أبو داود وغيره ، فإن قالوا هذا يرويه مظاهر بن مسلم وهو منكر الحديث قلنا قد رواه عبد الله بن عيسى عن عطية العوفي عن ابن عمر . كذلك أخرجه ابن ماجة في سننه وأبو بكر الحلال في جامعه . وهو نص في عدة الأمة فكذلك عدة الحرة ، ولأن ظاهر قوله تعالى (يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وجوب التربص ثلاثة كاملة ، ومن جعل القروء الاطهار لم يوجب ثلاثة لأنه يكتفى بطهرين وبعض الثالث فيخالف ظاهر النص ، ومن جعله الحيض أوجب ثلاثة كاملة فيوافق ظاهر النص فيكون أولى من مخالفته ، ولأن العدة استبراء فكانت بالحيض كاستبراء الأمة . وذلك لأن الاستبراء لمعرفة برائة الرحم من الحمل ، والذي يدل عليه الحيض فوجب أن يكون الاستبراء به . فإن قيل لا نسلم أن استبراء الأمة بالحيضة وإنما هو بالطهر الذي قبل الحيضة . كذلك قال

ابن عبد البر : وقال قولهم ان اسبراء الائمة حيضة بإجماع ، ليس كما ظنوا ، بل جائز لها عندنا أن تنكح اذا دخلت في الحيضة واستيقنت أن دمها دم حيض كذلك قال اسماعيل بن اسحاق ليحيى بن أكرم حين دخل عليه في مناظرته اياه ، قلنا هذا يرده قول النبي صلى الله عليه وسلم لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة ، ولأن الاستبراء تعرف برأة الرحم ، وإنما يحصل بالحيضة لا بالطهر الذي قبلها ، ولأن العدة تتعلق بخروج خارج من الرحم فوجب أن تتعلق بالطهر كوضع الحمل ، يحققه أن العدة مقصودها معرفة برأة المرأة من الحمل ، فتارة تحصل بوضعه وتارة تحصل بما ينفيه ، وهو الحيض الذي لا يتصور وجوده معه . فأما قوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) فيحتمل أنه أراد قبل عدتهن اذ لا يمكن حمله على الطلاق في العدة ضرورة ان الطلاق سبق العدة لكونه سبباً . والسبب يتقدم على الحكم فلا يوجد قبله والطلاق في الطهر تطليق قبل العدة اذا كانت الاقراء الحيض .

الفصل الثالث : أن الحيضة التي طلق فيها لا تحسب من عدتها بغير خلاف بين أهل العلم لأن الله تعالى أمر بثلاثة قروء فتناول ثلاثة كاملة والتي طلق فيها لم يبق منها ما يتم به مع اثنتين ثلاثة كاملة فلا يعتد بها ، ولأن الطلاق إنما حرم في الحيض لما فيه من تطويل العدة عليها فلو احتسبت بتلك الحيضة قرءاً كان أقصر لعدتها وأنفع لها فلم يكن محروماً ومن قال القروء الإطهار احتسب لها بالطهر الذي طلقها فيه قرءاً فلو طلقها وقد بقي من قرائها لحظة حسبها قرءاً وهذا قول كل من قال القروء الإطهار إلا الزهري وحده قال تعتد بثلاثة قروء سوى الطهر الذي طلقها فيه ، وحكى عن أبي عبيد أنه إن كان جامعها في الطهر لم يحتسب ببقية لأنه زمن حرم فيه الطلاق فلا يحتسب به من العدة كزمن الحيض .

ولنا أن الطلاق حرم في زمن الحيض دفعا لضرر تطويل العدة عليها فلو لم يحتسب ببقية الطهر قرءاً كان الطلاق في الطهر أضر بها وأطول عليها ، وما ذكر عن أبي عبيد لا يصح لأن تحريم الطلاق في الحيض لكونها لا تحتسب ببقية فلا يجوز أن تجعل العلة في عدم الاحتساب تحريم الطلاق فتصير العلة معلولا وإنما

تحريم الطلاق في الطهر الذي أصابها فيه لكونها مرتابة ، ولكونه لا يأمن الندم بظهور حملها ، فأما ان انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر فإن الطلاق يقع في أول الحيضة ويكون محرما ولا تحتسب بتلك الحيضة من عدتها وتحتاج أن تعد بثلاث حيض بعدها أو ثلاثة أطهار على الرواية الأخرى ، ولو قال لها أنت طالق في آخر طهرك أو في آخر جزء من طهرك أو انقضت حروف الإيقاع ولم يبق من الطهر إلا زمن الوقوع فإنها لا تحتسب بالطهر الذي وقع فيه الطلاق ، لأن العدة لا تكون إلا بعد وقوع الطلاق وليس بعده طهر تعد به ولا يجوز الاعتداد بما قبله ولا بما قاربه ، ومن جعل القرء الحيض اعتد لها بالحيضة التي تلي الطلاق لأنها حيضة كاملة لم يقع فيها طلاق فوجب أن تعد بها قرءاً ، وإن اختلفا فقال الزوج وقع الطلاق في أول الحيض وقالت بل في آخر الطهر ، أو قال انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر وقالت بل وقد بقي منه بقية فالقول قولها لأن قولها مقبول في الحيض وفي انقضاء العدة .

« مسألة ، قال (فإذا اغتسلت من الحيضة الثالثة أبيحت للأزواج)

حكى أبو عبد الله بن حامد في هذه المسألة روايتين .

إحداهما أنها في العدة ما لم تغتسل فيباح لزوجها ارتجاعها ولا يحل لغيره نكاحها قال أحمد : عمر وعلي وابن مسعود يقولون : قبل أن تغتسل من الحيضة الثالثة ، وروى ذلك عن سعيد بن المسيب والثوري وإسحاق ، وروى ذلك عن أبي بكر الصديق وعثمان بن عفان وأبي موسى وعبد الله بن الدرداء رضي الله عنهم ، قال شريك له الرجعة وإن فرطت في الغسل عشرين سنة .

قال أبو بكر : وروى عن أبي عبد الله أنها في عدتها ولزوجها رجعتها حتى ينضي وقت الصلاة التي طهرت في وقتها ، وهذا قول الثوري ، وبه قال أبو حنيفة إذا انقطع الدم لدون أكثر الحيض ، فإن انقطع لأكثره انقضت العدة بانقطاعه ووجه اعتبار الغسل قول الأكثرين من الصحابة ولا يخالف لهم في عصرهم فيكون إجماعاً ، ولأنها ممنوعة من الصلاة بحكم حدث الحيض فاشبهت الحائض ،

والرواية الثانية : أن العدة تنقضي بطهرها من الحيضة الثالثة وانقطاع دمها اختاره أب. الخطاب ، وهو قول سعيد بن جبير والأوزاعي والشافعي في القديم لأن الله تعالى قال : يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وقد كملت القروء بدليل وجوب الغسل عليها ووجوب الصلاة وفعل الصيام وصحته منها ، ولأنه لم يبق حكم العدة في الميراث ووقوع الطلاق بها واللعان والنفقة فكذلك فيما نحن فيه . قال العاصي : إذا شرطنا الغسل أفاد عدمه إباحة الرجعة وتحريمها على الأزواج ، فأما سائر الأحكام فإنها تنقطع بانقطاع دمها

(وصل) وإن قلنا القروء الاطهار فطلقها وهي طاهر انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الثالثة وإن طلقها حائضاً انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الرابعة وهذا قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وأبان بن عثمان ومالك وأبي ثور ، وهو ظاهر مذهب الشافعي

وحكى عنه قول آخر لا تنقضي العدة حتى يمضي زمن الدم يوم وليلة ، لجواز أن يكون الدم دم فساد فلا تحكم بانقضاء العدة حتى يزول الاحتمال ، وحكى العاصي هذا احتمالاً في مذهبنا أيضاً

ولنا أن الله تعالى جعل العدة ثلاثة قروء فالزيادة عليها مخالفة للمص لا يعول عليه ، ولأنه قول من سمينا من الصحابة رواه الأثرم عنهم بإسناده ، ولفظ حديث زيد بن ثابت : إذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرئ منها ولا ترثه ولا يرثها ،

وقولهم إن الدم يكون دم فساد ، قلنا قد حكم بكونه حيضاً في ترك الصلاة وتحريمها على الزوج وسائر أحكام الحيض فكذلك في انقضاء العدة ، ثم إن كان التوقف عن الحكم بانقضاء العدة للاحتمال ، فإذا تبين أنه حيض علمنا أن العدة قد انقضت حين رأت الدم ، كما لو قال لها إن حضت فأنت طالق

اختلف القائلون بهذا القول فمنهم من قال اليوم والليلة من العدة لأنه دم تكمل به العدة فكان منها كالذي في أثناء الاطهار ، ومنهم من قال ليس منها إنما يتبين به انقضاؤها . ولأننا لو جعلناه منها أوجبنا الزيادة على ثلاثة قروء ولكننا

منعها من النكاح حتى يضي يوم وإيلة ، ولو راجعها زوجها فيها لم تصح الرجعة وهذا أصح الوجهين .

« مسألة ، قال (وإن كانت أمة فإذا اغتسلت من الحيضة الثانية) أكثر أهل العلم يقولون عدة الأمة بالقرء قرءان ، منهم عمر وعلي وابن عمر وسعيد بن المسيب وعطاء وعبد الله بن عتبة والقاسم وسالم وزيد بن أسلم والزهرى وقتادة ومالك والثوري والشافعى وإسحق وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وعن ابن سيرين عدتها عدة الحرة إلا أن تكون قد مضت بذلك سنة ، وهو قول داود لقول الله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم قرء الأمة حيضتان ، وقد ذكرناه ، وقول عمر وعلي وابن عمر ولم نعرف لهم مخالفاً في الصحابة فكان إجماعاً ، وهذا يخص عموم الآية ، ولأنه معنى ذو عدد بنى على التفاضل فلا تساوى فيه الأمة الحرة كالأحد وكان القياس يقتضى أن تكون حيضة ونصفاً كما كان حدها على النصف من حد الحرة ، إلا أن الحيض لا يتبعض فأكمل حيضتين ، ولهذا قال عمر رضي الله عنه لو أستطيع أن أجعل عدة حيضة ونصفاً لفعلت ، وإذا تقرر هذا فانقضاء عدتها بالغسل من الحيضة الثانية في إحدى الروايتين وفي الأخرى بانقطاع الدم من الحيضة الثانية ، وعلى الرواية التي تقول أن العروء الاطهار فانقضاء عدتها برؤية الدم من الحيضة الثانية .

« مسألة ، قال (وإن كانت من الأيسات أو ممن لم يحضن فعدتها ثلاثة أشهر) أجمع أهل العلم على هذا لأن الله تعالى ذكره في كتابه بقوله سبحانه (واللاتي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن) فإن كان الطلاق في أول الهلال اعتبر ثلاثة أشهر بالاهلة لقول الله تعالى (يسألونك عن الأهلة قل هي موافيت للناس والحج) وقال سبحانه (إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً في كتاب الله يوم خلق السموات والأرض منها أربعة حرم) ولم يختلف الناس في أن الأشهر الحرم معتبرة بالاهلة ، وإن وقع الطلاق في أثناء الشهر اعتدت بقيته ثم اعتدت شهرين بالاهلة ثم اعتدت من الشهر الثالث تمام ثلاثين يوماً ، وهذا مذهب مالك والشافعى

وقال أبو حنيفة تحتسب بقية الأول وتعد من الرابع بقدر ما فاتها من الأول تاماً كان أو ناقصاً لأنه لو كان من أول الهلال كانت العدة بالآهنة فإذا كان من بعض الشهر وجب قضاء ما فات منه ، وخرج أصحابنا وجهاً ثانياً أن جميع الشهور محسوبة بالعدد ، وهو قول ابن بنت الشافعي لأنه إذا حسب الأول بالعدد كان ابتداء الثاني من بعض الشهر فيجب أن يحسب بالعدد وكذلك الثالث .

ولنا : أن الشهر يقع على ما بين الهلالين وعلى الثلاثين ولذلك إذا غم الشهر كان ثلاثين والأصل الهلال فإذا أمكن اعتبار الهلال اعتبروا وإذا تعذر رجعوا إلى العدد وفي هذا انفصال عما ذكر لأبي حنيفة ، وأما التخريج الذي ذكرناه فإنه لا يلزم إتمام الشهر الأول من الثاني ويجوز أن يكون تمامه من الرابع .

(فصل . وتجب العدة من الساعة التي فارقتها زوجها فيها فلو فارقتها نصف الليل أو نصف النهار اعتدت من ذلك الوقت إلى مثله في قول أكثر أهل العلم ، وقال أبو عبد الله بن حامد لا تحتسب بالساعات وإنما تحتسب بأول الليل والنهار فإذا طلقتها نهاراً احتسبت من أول الليل الذي يليه ، وإن طلقتها ليلاً احتسبت بأول النهار الذي يليه . وهذا قول مالك لأن حساب الساعات بشق فسقط اعتباره . ولنا قول الله تعالى (فعدتهن ثلاثة أشهر) ولا تجوز الزيادة عليها بغير دليل ، وحساب الساعات ممكن إما يقيناً وإما استظهاراً فلا وجه للزيادة على ما أوجبه الله تعالى .

مسألة ، قال (والأمة شهران)

اختلفت الروايات عن أبي عبد الله في عدة الأمة فأكثر الروايات عنه أنها شهران رواه عنه جماعة من أصحابه واحتج فيه بقول عمر رضي الله عنه . عدة أم الولد حيضتان ولو لم تحض كان عدتها شهرين رواه الأثرم عنه بإسناده وهذا قول عطاء والزهرى وإسحاق وأحد قولي الشافعي لأن الأشهر بدل من القروء وعدة ذات القروء قرمان وبديلها شهران . ولأنها معتدة بالشهور عن غير الوفاة فكان عددها كعدد القروء ولو كانت ذات قرء كالحررة .

والرواية الثانية : أن عدتها شهر ونصف نقلها الميموني والأثرم واختارها

أبو بكر : وهذا قول على رضى الله عنه ، وروى ذلك عن ابن عمر وابن المسيب وسالم والشعب والثوري وأصحاب الرأي ، وهو قول ثان للشافعى لأن عدة الامة نصف عدة الحرة وعدة الحرة ثلاثة أشهر فنصفها شهر ونصف وإنما كملنا لذات الحيض حيضتين لتعذر تبعض الحيضة فإذا صرنا الى الشهور أمكن التنصيف فوجب المصير اليه كما فى عدة الوفاة ويصير هذا كالمحرم إذا وجب عليه فى جزاء الصيد نصف مد أجزاء أخرجه فإن أراد الصيام مكانه صام يوماً كاملاً ، ولأنها عدة أمكن تنصيفها فكانت على النصف من عدة الحرة كعدة الوفاة ولأنها معتدة بالشهور فكانت على النصف من عدة الحرة كالمتوفى عنها زوجها .

والرواية الثالثة : أن عدتها ثلاثة أشهر ، وروى ذلك عن الحسن ومجاهد وعمر بن عبدالعزيز والنخعي ويحيى الانصارى وربيعه ومالك وهو القول الثالث للشافعى اعموم قوله تعالى (وعدتهن ثلاثة أشهر) ولأنه استبراء للامة الآية بالشهور فكان ثلاثة أشهر كاستبراء الامة اذا ملكها أو مات سببها ولأن اعتبار الشهور ههنا للعلم بهاء الرحم ولا يحصل هذا بدون ثلاثة أشهر فى الحرة والامة جميعاً لأن الحمل يكون نطفة أربعين يوماً وعلقه أربعين يوماً ثم يصير مضغة ثم يتحرك ويعلو بطن المرأة فيظهر الحمار ، وهذا معنى لا يختلف بالرق والخريه ولذلك كان استبراء الامة فى حق سببها ثلاثة أشهر ، ومن رد هذه الرواية قال هى مخالفة لإجماع الصحابة لأنهم اختلفوا على القولين الأولين ، ومتى اختلفت الصحابة على قولين لم يجوز إحداث قول ثالث لأنه يفضى الى تخطئهم ، وخروج الحق عن قول جميعهم ولا يجوز ذلك ولأنها معتدة لغير الحمل فكانت دون عدة الحرة كذات القرء المتوفى عنها زوجها .

(فصل) واختلف عن أحمد بن حنبل الذى نصير به المرأة من الآيسات معناه أوله حمسون سنة لأن عائشة قالت لن ترى المرأة فى بطنها ولداً بعد خمسين سنة ، وعنه ان كانت من نساء العجم فخمسون وان كانت من نساء العرب فستون لأنهم أقوى طبيعة ، وقد ذكر الزبير بن بكار فى كتاب النسب أن هنداً بنت أبى عبيدة ابن عبد الله بن زمعة ولدت موسى بن عبد الله بن حسن بن حسن بن على بن أبى طالب

ولها ستون سنة ، وقال : يقال إنه لن تلد بعد خمسين سنة الا عربية ولا تلد لستين الا قرشية وللشافعي قولان .

أحدهما : يعتبر السن الذي يتيقن أنه اذا بلغته لم تحض ، قال بعضهم هو اثنان وستون سنة .

والثاني : يعتبر السن الذي يئس فيه نساء عشيرتها لان الظاهر ان نشأها كنشهن وطبعها كطبعهن ، والصحيح ان شاء الله أنه متى بلغت المرأة خمسين سنة فاقطع حيضها عن عاداتها مرات لغير سبب فقد صارت آيسة لان وجود الحيض في حق هذه نادر بدليل قول عائشة وقلة وجوده فإذا انضم الى هذا انقطاعه عن العادات مرات حصل اليأس من وجوده فلها حينئذ أن تعتد بالاشهر ، وان انقطع قبل ذلك فحكمها حكم من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه على ما سئذ كره ان شاء الله وان رأت الدم بعد الخمسين على العادة التي كانت تراها فيها فهو حيض في الصحيح لان دليل الحيض الوجود في زمن الامكان وهذا يمكن وجود الحيض فيه وان كان نادراً ، وان رآته بعد الستين فقد تيقن أنه ليس بحيض لانه لم يوجد ذلك ، قال الحرقى فإذا رآته بعد الستين فقد تيقن أنه ليس بحيض فعند ذلك لا تعتد به وتعتد بالاشهر كاتى لا ترى دما .

فصل

وأقل سن تحيض فيه المرأة تسع سنين لان المرجع فيه الى الوجود وقد وجد من تحيض لتسع ، وقد روى عن الشافعي أنه قال رأيت جدة لها احدى وعشرون سنة وهذه اذا أسقطت من عمرها مدة الحمين في الغالب عاما ونصفا وقسمت الباقي بينها وبين ابنتها كانت كل واحدة منهما قد حملت لدون عشر سنين ، فإن رأت دما قبل ذلك فليس بحيض لانه لم يوجد من مثله منكرراً والمعتبر من ذلك ما تكرر ثلاث مرات في حال الصحة ولم يوجد ذلك فلا يعتد به .

(فصل) فإن بلغت سنا تحيض فيه النساء في الغالب فلم تحض كخمس عشرة سنة فعدها ثلاثة أشهر في ظاهر قول الحرقى ، وهو قول أبي بكر ، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي ، وضعف أبو بكر الرواية المخالفة لهذا وقال رواها أبو طالب يخالف فيها أصحابه وذلك ما روى أبو طالب عن أحمد أنها تعتد سنة ،

قال القاضي: هذه الرواية أصح لأنه متى أتى عليها زمان الحيض فلم تحض صارت مرتابة يجوز أن يكون بها حمل منع حيضها فيجب أن تعد بسنة كالتى ارتفع حيضها بعد وجوده .

ولنا قول الله تعالى (واللاتى يثنى من الحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتى لم يحضن) وهذه من اللاتى لم يحضن ولأن الاعتبار بحال المعتدة لا بحال غيرها ولهذا لو حاضت قبل بلوغ سن يحض مثله النساء فى الغالب مثل أن تحيض ولها عشر سنين اعتدت بالحيض وفارق من ارتفع حيضها ولا تدرى ما رفعه فإنها من ذوات القربى وهذه لم تكن ممن .

مسألة ، قال (وإذا طلقها طلاقاً يملك فيه الرجعة وهي أمة فلم تنقض عدتها حتى أعتقت بنت على عدة حرة وإن طلقها طلاقاً لا يملك فيه الرجعة فأعتقت اعتدت عدة أمة)

هذا قول الحسن والشعبي والضحاك وإسحاق وأصحاب الرأي : وهذا أحد أقوال الشافعى ، والقول الثانى تكمل عدة أمة سواء كانت بائناً أو رجعية ، وهو قول مالك ، أبى ثور لأن الحرية طرأت بعد وجوب العدة عليها فلا يعتبر حكمها كما لو كانت بائناً أو كما لو طرأت بعد وجوب الاستبراء . ولأنه معنى يختلف بالرق والحرية فكان الاعتبار بحالة الوجوب كالحمد .

وقال عطاء والزهرى وقتادة بنى على عدة حرة بكل حال وهو القول الثالث للشافعى لأن سبب العدة الكاملة إذا وجد فى أثناء العدة انتقلت اليها وان كانت بائناً كما لو اعتدت بالشهور ثم رأت الدم .

ولنا أنها إذا عتقت وهي رجعية فقد وجدت الحرية وهي زوجة تعد عدة الوفاة لو مات فوجب أن تعد عدة الحرائر كما لو أعتقت قبل الطلاق وان أعتقت وهي بائنة فلم توجد الحرية فى الزوجية فلم يجب عليها عدة الحرائر كما لو أعتقت بعد مضي القرمين ، ولأن عدة الرجعية تنتقل الى عدة الوفاة لو مات فتنقل الى عدة الحرائر ، والبائنة لا تنتقل الى عدة الوفاة فلا تنتقل الى عدة الحرائر كما لو انقضت عدتها وما ذكرناه لما لك يبطل بما إذا مات زوج الرجعية فإنها تنتقل الى عدة الوفاة

والفرق بين ما نحن فيه وبين ما إذا حاضت الصغيرة أن الشهور بدل عن الحيض فإذا وجد المبدل زال حكم البذل كالمتيمم يجد الماء ، وليس كذلك ههنا فإن عدة الأمة ليست يبدل ، ولذلك تبني الأمة على ما مضى من عدتها اتفاقا وإذا حاضت الصغيرة استأنفت العدة فافترق وتخالف الاستبراء فإن الحرية لو قارنت سبب وجوبه لم تسكمل ، ألا ترى أن أم الولد إذا مات سيدها عتقت لموته ووجب الاستبراء كما يجب على التي لم تعتق ، ولأن الاستبراء لا يختلف بالرق والحرية بخلاف مسألتنا .

(فصل) إذا عتقت الأمة تحت العبد فاختارت نفسها اعتدت عدة الحرة لأنها باتت من زوجها وهي حرة .

وقد روى الحسن أن النبي صلى الله عليه وسلم ، أمر بـيرة أن تعتد عدة الحرة وإن طلقها العبد طلاقا رجعا فأعتقها سيدها بنت على عدة الحرة سواء فسخت أو أقامت على النكاح لأنها عتقت في عدة رجعية وإن لم تفسخ فراجعها في عدتها فلها الخيار بعد رجعتها فإن اختارت الفسخ قبل المسيس فهل تستأنف العدة أم تبني على ما مضى من عدتها ؟ على وجهين ، فإن قلنا : تستأنف . فإنها تستأنف عدة حرة ، وإن قلنا : تبني بنت على عدة حرة .

مسألة ، قال (وإذا طلقها ، هي من قد حاضت فارفع حيضها ، لا تدري ما رفعه ؟ اعتدت سنة)

وحمل ذلك أن الرجل إذا طلق امرأته ، هي من ذوات الاقراء فلم تر الحيض في عادتها ولم تدري ما رفعه ؟ فإنها تعتد سنة ، تسعة أشهر منها تربعص فيها لتعلم براءة رحمها لأن هذه المدة هي غالب مدة الحمل فإذا لم ين الحمل فيها علم براءة الرحم ظاهرا فتعتد بعد ذلك عدة الإيسات ثلاثة أشهر ، وهذا قول عمر رضي الله عنه قال الشافعي : هذا قضاء عمر بين المهاجرين والأنصار لا ينكره منهم منكر علمناه ، وبه قال مالك والشافعي في أحد قوايه . وروى ذلك عن الحسن ، وقال الشافعي في قول آخر تربعص أربع سنين أو كذا مدة الحمل ثم تعتد بثلاثة أشهر لأن هذه المدة هي التي يتيقن بها براءة رحمها فوجب اعتبارها احتياطاً .

قال في الجديد : تكون في عدة أبدأ حتى تحيض أو تبلغ سن الإياس تعد حينئذ بثلاثة أشهر ، وهذا قول جابر بن زيد وعطاء وطاوس والشعبي والنخعي والزهرى وأبي الزناد والثوري وأبي عبيد وأهل العراق ، لأن الاعتداد بالاشهر جعل بعد الإياس فلم يحز قبله ، وهذه ليست آيسة . ولأنها ترجو عود الدم فلم تعد بالشهور كما لو تباعد حيضها لعارض .

ولنا الاجماع الذي حكاه الشافعي . ولأن الغرض بالاعتداد معرفة براءة رحمها ، وهذا تحصل به براءة رحمها فاكنتي به ، ولهذا اكنتي في حق ذات القروء بثلاثة قروء وفي حق الآيسة بثلاثة أشهر . ولوروعي اليقين لاعتبر أقصى مدة الحمل ، ولأن عليها في تطويل العدة ضرراً فإنها تمنع من الازواج وتحبس دائماً ، ويتضرر الزوج بإيجاب السكنى والنفقة عليه ، وقد قال ابن عباس : لا تطولوا عليها الشقة كفأها تسعة أشهر .

فإن قيل . فإذا مضت تسعة أشهر فقد علم براءة رحمها ظاهراً ، فلم اعتبرتم ثلاثة أشهر بعدها . قلنا الاعتداد بالقروء والاشهر إنما يكون عند عدم الحمل ، وقد تجب العدة مع العلم ببرائة الرحم . بدليل ما لو علق طلاقها بوضع الحمل فوضعت وقع الطلاق ولزمتها العدة .

فصل . فإن عاد الحيض اليها في السنة ، ولو في آخرها ، لزمتها الانتقال الى القروء لأنها الاصل ، فيبطل بها حكم البذل ، وإن عاد بعد مضيتها ونكاحها لم تعد إلى القروء لأن عدتها انقضت . وحكمنا بصحة نكاحها فلا تبطل كما لو اعتدت الصغيرة بثلاثة أشهر وتزوجت ثم حاضت ، وإن حاضت بعد السنة وقبل نكاحها ، ففيه وجهان .

أحدهما لا تعود لأن العدة انقضت بالشهور فلم تعد كالصغيرة

والثاني تعود لأنها من ذوات القروء . وقد قدرت على المبدل قبل نطق حق زوج بها ، فلزمتها العود كما لو حاضت في السنة

مسألة ، قال . وإن كانت أمة اعتدت بأحد عشر شهراً تسعة أشهر للحمل وشهران للعدة)

هذه المسألة مبنية على أصليين :

أحدهما أن الحرة تعتد بسنة إذا ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه ؟
 الثاني . أن عدة الامة الآيسة شهران فتربص تسعة أشهر ، لأن مدة الحمل
 تتساوى فيها الحرة والامة لكونه أمراً حقيقياً ، فإذا يئست من الحمل اعتدت مدة
 الآيسة شهرين ، وعلى الرواية التي جعل عدتها شهراً ونصفاً تكون عدتها عشرة
 أشهر ونصفاً ، ومن جعلها ثلاثة أشهر فعدتها سنة كالحرة :

مسألة ، قال (وان عرفت ما رفع الحيض كانت في عدة حتى يعود
 الحيض فتعتد به ، الا أن تصير من الآيسات فتعتد بثلاثة أشهر من وقت تصير
 في عداد الآيسات)

أما اذا عرفت أن ارتفاع الحيض بعارض من مرض أو نفاس أو رضاع
 فإنها تنتظر زوال العارض وعود الدم وإن طال الا أن تصير في سن الباس :
 وقد ذكرناه . فعند ذلك تعتد عدة الآيسات

وقد روى الشافعي في مسنده بإسناده عن حبان ابن منقذ أنه طلق امرأته
 طالقة واحدة وكانت لها منه بنية ترضعها ، فتباعد حيضها ومرض حبان ، فقبل له :
 انك ان مت ، رثتك فمضى الى عثمان ، عنده علي وزيد بن ثابت فسأله عن ذلك فقال
 عثمان لعلي وزيد : ما تريدان ؟ فقالا نرى أنها ان ماتت ورثها وان مات وراثته ،
 لأنها ليست من القوم أعد اللأني يئس من الحيض ولا من الأبيكار اللأني لم يلقن المحض
 فرجع حبان الى أهله فانتزع البنت منها فعاد اليها الحيض فحاضت حبستين ، ومات
 حبان قبل انقضاء الثالثة فورا عنها عثمان رضي الله عنه

ووهي الأثرم بإسناده عن محمد بن يحيى بن حبان أنه كانت عند جده امرأتان
 هاشمية وأنصارية فطلق الأنصارية وهي مرضع فموت بها سنة ثم هلك ولم تحضر ،
 فقالت الأنصارية لم أحض . فاخصموا الى عثمان رضي الله عنه فقضى لها بالميراث
 فلامت الهاشمية عثمان ، فقال هذا عمل ابن عمك . هم أشار علينا بهذا . يعني على
 ابن أبي طالب رضي الله عنه

« مسألة ، قال (وان حاضت حيضة أو حيضتين ثم ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه ؟ لم تنقض عدتها الا بعد سنة بعد انقطاع الحيض) »

وذلك لما روى عن عمر رضى الله عنه ، أنه قال في رجل طلق امرأته لحاضت حيضة أو حيضتين ، فارتفع حيضها لا تدري ما رفعه ؟ تجلس تسعة أشهر . فإذا لم يستبين بها حمل تعتد بثلاثة أشهر ، فذلك سنة ولا نعرف له مخالفا

قال ابن المنذر : قضى به عمر بين المهاجرين والأنصار ولم ينكره منكر ، وقال الأنزمي سمعت أبا عبد الله يسأل عن الرجل يطلق امرأته فتحيض حيضة ثم يرتفع حيضها . قال اذهب الى حديث عمر إذا رفعت حيضتها فلم تدري مما ارتفعت فإنها تنتظر سنة قيل له فخاضت دون السنة ، فقال ترجع إلى الحيضة ، قيل له : فإن ارتفعت حيضتها أيضا لا تدري مما ارتفعت ؟ قال تعتد سنة أخرى . وهذا قول كل من وافقنا في المسألة الأولى ، وذلك لأنها لما ارتفعت حيضتها حصلت مرتبة فوجب أن تنتقل إلى الاعتداد بسنة كما لو ارتفع حيضها حين طلقها ووجب عليها سنة كاملة لأن العدة لا تنبئ على عدة أخرى . ولذلك لو حاضت حيضة أو حيضتين ثم ينست انتقلت إلى ثلاثة أشهر كاملة ولو اعتدت الصغيرة شهر أو شهرين ثم حاضت انتقلت إلى ثلاثة قروء .

(فصل) فإن كانت عادة المرأة أن يتباعد ما بين حيضتيها لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض ، ان طال لأن هذه لم يرتفع حيضها ولم تتأخر عن عاداتها فهو من ذوات القروء باقية على عاداتها فأشبهت من لم يتباعد حيضها . ولا نعلم في هذا مخالفا .

(فصل في عدة المستحاضة)

لا تخلو اما أن يكون لها حيض محكوم به بعادة أو ثبينة أو لا تكون كذلك ، فإن كان لها حيض محكوم به بذلك فحكمها فيه حكم غير المستحاضة اذا مرت لها ثلاثة قروء فقد انقضت عدتها ، قال أحمد : المستحاضة تعتد أيام اقراءها التي كانت تعرف وان علمت أن لها في كل شهر حيضة ولم تعلم موضعها فعدتها ثلاثة أشهر وان شككت في شيء ترهت حتى تستيقن أن القروء الثلاث قد انقضت ، وان

كانت مبتدأة لتمييز لها أو ناسية لاتعرف لها وقتاً ولا تميز أفعن أحد فيهاروايتان احداهما أن عدتها ثلاثة أشهر ، وهو قول عكرمة وقتادة وأبي عبيد ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر حمنة بنت جحش أن تجلس في كل شهر ستة أيام أو سبعة فجعل لها حيضة في كل شهر تترك فيها الصلاة والصيام ويثبت فيها سائر أحكام الحيض فيجب أن تنقضي به العدة لأن ذلك من أحكام الحيض .

والرواية الثانية : تعتد سنة بمنزلة من رفعت حيضتها لا تدرى ما رفعها ؟ قال أحمد : اذا كانت قد اختلطت ولم تعلم اقبال الدم وادباره اعتدت سنة لحديث عمر لأن به يتبين الحمل : وهو قول مالك واسحاق ، لأنها لم تتيقن لها حيضاً مع أنها من ذات القروء فكانت عدتها سنة كالتى ارتفع حيضها .

وعلى الرواية الأولى ينبغي أن يقال انما متى حكمنا بأن حيضها سبعة أيام من كل شهر فمضى لها شهر ان بالهلال وسبعة أيام من أول الثالث فقد انقضت عدتها ، وان قلنا القروء الاطهار فطلقها في آخر شهر ثم مر لها شهر ان ، هل الثالث انقضت عدتها وهذا مذهب الشافعي

، مسألة ، قال : ولو طلقها وهي من اللأئي لم تحضن فلم تنقض عدتها بالشهور حتى حاضت استقبلت العدة بثلاث حيض ان كانت حرة وبحيضتين ان كانت أمة)

وجملته أن الصغيرة التي لم تحض أو البالغة التي لم تحض اذا اعتدت بالشهور لحاضت قبل انقضاء عدتها ولو بساعة لزمها استئناف العدة في قول عامة علماء الأمصار ، منهم سعيد بن المسيب والحسن ومجاهد وقتادة والشعبي والنخعي والزهرى والثوري ومالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي وأهل المدينة وأهل البصرة ، وذلك لأن الشهور بدل عن الحيض ، فإذا وجد المبدل بطل حكم البدل كالتيعم مع الماء ، ويلزمها أن تعتد بثلاث حيض ان قلنا القروء الحيض ، وان قلنا القروء الاطهار فهل تعتد بما مضى من الطهر قبل الحيض قرأ ؟ فيه وجهان .

أحدهما تعتد به لأنه طهر انتقلت منه الى حيض فأشبه الطهر بين الحيضتين والثاني لا تعتد به ، وهو ظاهر كلام الشافعي لأن القروء هو الطاهر بين حيضتين

وهذا لم يتقدمه حيض فلم يكن قرأ ، فأما ان انقضت عدتها بالشهور ثم حاضت بعدها ولو بلاحظة لم يلزمها استئناف العدة لانه معنى حدث بعد انقضاء العدة كالتى حاضت بعد انقضاء العدة بزمان طويل ، ولا يمكن منع هذا الاصل ، لانه لو صح منه لم يحصل لمن لم تحض الاعتداد بالشهور بحال .

(فصل)

ولو حاضت حيضه أو حيضتين ثم صارت من الايات استأنفت العدة بثلاثة أشهر لأن العدة لا تلتق من جنسين ، وقد تعذر اتمامها بالحيض فوجب تكميلها بالاشهر ، وان ظهر بها حمل من الزوج سقط حكم ما مضى وتبين ان ما رآته من الدم لم يكن حيضا لأن الحامل لا تحيض ولو حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل لاقل من ستة أشهر منذ انقضت الحيضه الثالثه تبين ان الدم ليس بحيض لانها كانت حاملا مع رؤية الدم والحامل لا تحيض ، ولو حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل يمكن أن يكون حادثا بعد قضاء العدة بأن تاتي به لسته أشهر منذ فرغت من عدتها لم تلحق بالزوج وحكمنا بصحة الاعتداد ، وكان هذا الولد حادثا وان أتت به لدون ذلك تبين ان الدم ليس بحيض ، لأنه لا يجوز وجوده في مدة الحمل .

(فصل) واذا ارتابت المعتدة ، ومعناه أن ترى أمارات الحمل من حركة أو نفخة ونحوهما ، شككت هل هو حمل أم لا ؟ فلا يخلو من ثلاثة أحوال :
أحدها . أن تحدث به الرية قبل انقضاء عدتها فإنما تبقى في حكم الاعتداد حتى يزول الرية ، فإن بان حملا انقضت عدتها بوضعه فان زالت ، بان أنه ليس بحمل تبين أن عدتها انقضت بالقرء . أو الشهور ، فان زوجت قبل زوال الرية فالنكاح باطل لانها تزوجت وهي في حكم المعتدات في الظاهر ، ويحمل انه اذا تبين عدم الحمل انه يصح النكاح لأننا تبيننا أنها تزوجت بعد انقضاء عدتها .

الثاني . أن تظهر الرية بعد قضاء عدتها والتزوج فالنكاح صحيح لأنه وجد بعد قضاء العدة ظاهرا ، والحمل مع الرية مشكوك فيه ولا يزول به ما حكم بصحته لكن لا يحل لزوجها وطؤها ، لأننا شككنا في صحة النكاح ، ولأنه لا يحل لمن

يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقى مائه زرع غيره ، ثم تنظر فإن وضعت الولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني ، وطأها فتكاحها باطل لأنه نكاحها وهي حامل ، وإن أتت به لاكثر من ذلك فالولد لاحق به ونكاحه صحيح .

الحال الثالث . ظهرت الرية بعد قضاء العدة وقبل النكاح فقيه وجهان . أحدهما : لا يحل لها أن تتزوج وإن تزوجت فالنكاح باطل لأنها تتزوج مع الشك في انقضاء العدة فلم يصح ، كما لو وجدت الرية في العدة ولاننا لو صححنا النكاح لوقع موقوفا ، ولا يجوز كون النكاح موقوفا ، ولهذا لو أسلم وتخلفت امرأته في الشرك لم يجوز أن يتزوج أحبتها لان نكاحها يكون موقوفا على اسلام الاولى والثاني . يحل لها النكاح ويصح لاننا حكمنا بانقضاء العدة وحل النكاح وسقوط النفقة والسكنى ، فلا يجوز زوال ما حكم به بالشك الطارئ ، ولهذا لا ينقص الحاكم ما حكم به بتغير اجتهاده ورجوع الشبهة .

(وصل) وإذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها أخرجت بالقرعة وعليها العدة دون غيرها وتحسب عدتها من حين طلق لا من حين القرعة ، وإن طلق واحدة بعينها وأنسها . فبقوله أصحابنا الحكم فيها كذلك والصحيح أنه يحرم عليه الجميع فإن مات فعلى الجميع الاعتداد بأقصى الاجلين من عدة الطلاق والوفاة ، لان النكاح كان ثابتا بيقين ، وكل واحدة ممنهن يجوز أن تكون هي المطلقة وأن تكون زوجة فوجب أقصى الاجلين ان كان الطلاق بائنا ليسقط الفرض بيقين كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينا لزمه أن يصلي خمس صلوات ، لكن ابتداء القرء من حين طلق وابتداء عدة الوفاة من حين الموت وهذا مذهب الشافعي وإن طلق الجميع ثلاثا بعد ذلك فعلمين كلهم تكميل عدة الطلاق من حين طلقهن ثلاثا ، وإن طلق ثلاثا وأنسهن فهو كالو طلق واحدة

مسألة ، قال (ولو مات عنها وهو حر أو عبيد قبل الدخول أو بعده انقضت عدتها لتمام أربعة أشهر وعشر ان كانت حرة ولتمام شهرين وخمسة أيام ان كانت أمة)

أجمع أهل العلم على أن عدة الحرة المسلمة غير ذات الحمل من وفاة زوجها أربعة أشهر وعشر مدخولاً بها أو غير مدخول بها سواء كانت كبيرة بالغة أو صغيرة لم تبلغ وذلك لقوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً) وقال النبي صلى الله عليه وسلم ولا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً ، متفق عليه .

فإن قيل ألا حملتم الآية على المدخول بها كما قلتم في قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ؟) قلنا إذا خصصنا هذه بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) ولم يرد تخصيص عدة الوفاة ولا أمكن قياسها على المطلقة في التخصيص لوجهين .

أحدهما : أن النكاح عقد عمر فإذا مات انتهى والشيء إذا انتهى تقرر أحكامه كتقرر أحكام الصيام بدخول الليل ، وأحكام الإجارة بانقضائها والعدة من أحكامه الثاني أن المطلقة إذا أتت بولد يمكن الزوج تكذيبها ونفيه باللعان وهذا ممتنع في حق الميت فلا يؤمن أن تأتي بولد فيلحق الميت نسبه وماله من نفيه فاحتطنا بإيجاب العدة عليها لحفظها عن التصرف والميت في غير منزلها حفظاً لها .

إذا ثبت هذا فإنه لا يعتبر وجود الحيض في عدة الوفاة في قول عامة أهل العلم وحكى عن مالك أنها إذا كانت مدخولاً بها وجب أربعة أشهر وعشراً فيها حيضة وإتباع الكتاب والسنة أولى ، ولأنه لو اعتبر الحيض في حقها لاعتبر ثلاثة قروء كالمطلقة ، وهذا الخلاف يختص بذات القرء ، فأما الأيسة والصغيرة فلا خلاف فيها ، وأما الأمة المتوفى عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة أيام في قول عامة أهل العلم منهم سعيد بن المسيب وعطاء وسليمان بن يسار والزهرى وقتادة ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وغيرهم إلا ابن سيرين فإنه قال : ما أرى عدة الأمة إلا كمدة الحرة إلا أن تكون قد مضت في ذلك سنة فإن السنة أحق أن تتبع وأخذ بظاهر النص وعمره . ولنا اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على أن عدة الأمة المطلقة على الأمة من عدة الحرة فكذلك عدة الوفاة .

(فصل) والعشر المعتبرة في العدة هي عشر ليال بأيامها فتجب عشرة أيام مع الليالي وبهذا قال مالك والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وأصحاب الرأي ، وقال الأوزاعي يجب عشر ليال وتسعة أيام لأن العشر تستعمل في الليالي دون الأيام وإنما دخلت الأيام اللاتي في أثناء الليالي تبعاً ، قلنا العرب تغلب اسم التانيث في العدد خاصة على المذكر فتطلق لفظ الليالي وتريد الليالي بأيامها كما قال الله تعالى لذكر يا (آيتك أن لا تكلم الناس ثلاث ليال سوياً) يريد أيامها بدليل أنه قال في مـ وضع آخر (آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزاً) يريد بلياليها ولو نذر اعتكاف العشر الأخير من رمضان لزمه الليالي والأيام ، ويقول القائل سرنا عشرأ يريد الليالي بأيامها ، فلم يحز نقلها عن العدة الى الإباحة بالشك .

(فصل)

وإذا مات زوج الرجعية استأنفت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرأ بلا خلاف قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ذلك ، وذلك لأن الرجعية وزوجها يلحقها طلاقه وينالها ميراثه فاعتدت للوفاة كغير المطلقة ، وإن مات مطلق البائن في عدتها بنت على عدة الطلاق إلا أن يطلقها في مرض موته فانها تعد أطول الأجلين من عدة الوفاة أو ثلاثة قروء نص على هذا أحمد ، وبه قال الثوري وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن .

وقال مالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر تبني على عدة الطلاق لأنه مات ولبست زوجة له لأنها بائن من النكاح فلا تكون منكوحه .

ولنا أنها وارثه له فيجب عليها عدة الوفاة كالرجعية ، وتلزمها عدة الطلاق لما ذكرناه في دليلهم وإن مات المريض المطلق بعد انقضاء عدتها بالحيض أو بالشهور أو بوضع الحمل أو كان طلاقه قبل الدخول فليس عليها عدة لموته .

وقال القاضي عليهن عدة الوفاة إذا قلنا يرثه لأنهن يرثنه بالزوجية فتجب عليهن عدة الوفاة كما لو مات بعد الدخول وقبل قضاء العدة ، ورواه أبو طالب عن أحمد في التي انقضت عدتها ، وذكر ابن أبي موسى فيها روايتين ، والصحيح أنها لا عدة عليها لأن الله تعالى قال (إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل

أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها . وقال (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وقال (واللاتي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن) فلا يجوز تخصيص هذه التصوص بالتحكم ولأنها أجنبية تحل للازواج ويحل المطلق نكاح أختها وأربع سواها فلم تحب عليها عدة لموته كما لو تزوجت ، وتخالف التي مات في عدتها فإنها لا تحل لغيره في هذه الحال ولم تنقض عدتها ولا نسلم أنها ترثه فإنها لو ورثته لأفضى إلى أن يرث الرجل ثمانى زوجات ، فأما أن تزوجت إحدى هؤلاء فلا عدة عليها بغير خلاف نعله ولا ترثه أيضا ، وإن كانت المطلقة البائن لا ترث كالأمة أو الحرة بطلقها العبد أو الذمية بطلقها المسلم والمختلعة أو فاعلة ما يفسخ نكاحها لم تلزمها عدة سواء مات زوجها في عدتها أو بعدها على قياس قول أصحابنا فهم عللوا نقلها إلى عدة الوفاة بإرثها وهذه ليست وارثة بأشبهت المطلقة في الصحة .

وأما المطلقة في الصحة إذا كانت بائنا مات زوجها فإنما تبني على عدة الطلاق ولا تعتد للوفاة ، وهذا قول مالك والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وابن المنذر ، وقال الثوري وأبو حنيفة عليها أطول الأجلين كما لو طلقها في مرض موته . ولما قيل له سبحانه (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) ولأنها أجنبية منه في نكاحه وميراثه والحل له ووقوع طلاقه وظهاره وتحل له أختها وأربع سواها فلم تعتد لو فاته كما لو انقضت عدتها ، وذكر القاضي في المطلقة في المرض أنها إذا كانت حاملا تعتد أطول الأجلين ، وليس هذا بشيء . لأن وضع الحمل تنقضى به كل عدة ، ولا يجوز أن يجب عليها الاعتداد بغير الحمل على ما ذكره في المسألة التي تلي هذا إن شاء الله تعالى .

• مسألة ، قال (ولو طلقها أو مات عنها وهي حامل منه لم تنقض عدتها إلا بوضع الحمل أمة كانت أو حرة)

أجمع أهل العلم في جميع الأعصار على أن المطلقة الحامل تنقضى عدتها بوضع حملها ، وكذلك كل مفارقة في الحياة وأجمعوا أيضا على أن المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملا أجلها وضع حملها إلا ابن عباس .

وروى عن علي من وجه منقطع أنها تعتد بأقصى الاجلين ، وقاله أبو السنابل
ابن بعكك في حياة النبي صلى الله عليه وسلم فرد عليه النبي صلى الله عليه وسلم
قوله ، وقد روى عن ابن عباس أنه رجع إلى قول الجماعة لما بلغه حديث سبيعة
وكره الحسن والشعبي أن تنكح في دمها ، ويحكي عن حماد وإسحاق أن عدتها
لا تنقضي حتى تطهر ، وأبي سائر أهل العلم هذا القول ، وقالوا لو وضعت بعد
ساعة من وفاة زوجها حل لها أن تتزوج ولكن لا يطؤها زوجها حتى تطهر من
نمائها وتغتسل . وذلك لقول الله تعالى (وأولات الاحمال أجلمن أن يضعن
حملهن) وروى عن أبي بن كعب قال : قلت للنبي صلى الله عليه وسلم وأولات
الاحمال أجلمن أن يضعن حملهن) للطلقة ثلاثا أو للمتوفى عنها ؟ قال : هي للطلقة
ثلاثا والمتوفى عنها .

وقال ابن مسعود : من شاء باهله أو لاعتته أن الآية التي في سورة النساء
الفهرس وأولات الاحمال أجلمن أن يضعن حملهن نزلت بعد التي في سورة
البقرة (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا : يعنى أن هذه الآية هي الأخيرة
فتقدم على ما خالفها من عموم الايات المتقدمة ويخص بها عمومها

وروى عبد الله بن الأرقم ، أن سبيعة الأسلمية أخبرته أنها كانت تحت سعد
ابن خولة وتوفى عنها في حجة الوداع وهي حامل فلم تنشب أن وضعت حملها بعد
رباها فلما تملت من نفاسها نجملت للأخطاب فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك
فقال : مالي أراك منجملة لعلك ترجين المكاح ؟ إنك والله ما أنت بما كح حتى تمر
عليك أربعة أشهر وعشر ، قالت سبيعة فلما قال لي ذلك جمعت على ثيابي حين
أمسيت فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فأفتاني بأنى قد
حلت حين وضعت حملى وأمرنى بالزواج ان بدا لي ، متفق عليه .

وقال ابن عبد البر . هذا حديث صحيح قد جاء من وجوه شتى كلها ثابتة إلا
ما روى عن ابن عباس . وروى عن علي من وجه منقطع ، ولأنها معتدة حامل
فتنقضي عدتها بوضعه كالطلقة ، يحققه أن العدة إنما شرعت لمعرفة برأتها من الحمل
ووضعه ادل الأشياء على البرامة منه فوجب أن تنقضي العدة ولأنه لا خلاف في
بقاء العدة ببقاء الحمل فوجب أن تنقضي به كما في حق المطلقة . - - - المعنى

(فصل) وإذا كان الحمل واحداً انقضت العدة بوضعه وانفصال جميعه ، وإن ظهر بعضه فهمى في عدتها حتى ينفصل بآقيه لأنها لا تكون واضعة لحملها ما لم يخرج كله ، وإن كان الحمل اثنين أو أكثر لم تنقض عدتها إلا بوضع الآخر لأن الحمل هو الجميع ، هذا قول جماعة أهل العلم إلا أبا قلابه وعكرمة فإيهما قالا تنقضى عدتها بوضع الأول ولا تتزوج حتى تضع الآخر .

وذكر ابن أبي شيبة عن قتادة عن عكرمة أنه قال . إذا وضعت أحدهما وقد انقضت عدتها ، قيل له فتزوج ؟ قال لا ، قال قتادة خصم العبد ، وهذا قول شاذ يخالف ظاهر الكتاب . وقول أهل العلم والمعنى ، فإن العدة شرعت لمعرفة البراءة من الحمل ، فإذا علم وجود الحمل فقد تبين وجود الموجب للعدة وانتفت البراءة الموجبة لانقضائها ، ولأنها لو انقضت عدتها بوضع الأول لأبيع لها النكاح كما لو وضعت الآخر ، فإن وضعت ولداً وشكت في وجود ثان لم تنقض عدتها حتى يزول الريبه وتبين أنها لم يبق معها حمل : لأن الأصل بقاء ما فلا يزول بالشك .

مسألة ، قال (والحمل الذى تنقضى به العدة ما يتبين فيه شيء من خلق الإنسان حرة كانت أو أمة)

وجملة ذلك أن المرأة إذا ألقت بعد فرقة زوجها شيئاً لم يخل من خمسة أحوال : أحدها : أن تضع ما بان فيه خلق الادمى من الرأس والبدن والرجل ، فهذا تنقضى به العدة بلا خلاف بينهم .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن عدة المرأة تنقضى بالسقط إذا علم أنه ولد ، ومن نحفظ عنه ذلك الحسن وابن سيرين وشريح والشعبي والنخعي والزهرى والثوري ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق .

قال الأثرم . قلت لأبي عبد الله : إذا نكس في الخلق الرابع ؟ يعنى تنقضى به العدة . فقال إذا نكس في الخلق الرابع فليس فيه اختلاف ، ولكن إذا تبين خلقه هذا أدل : وذلك لأنه إذا بان فيه شيء من خلق الادمى علم أنه حمل ، فيدخل في عموم قوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن)

الحال الثاني : ألفت نطفة أو دماً لا تدري هل هو ما يخلق منه الأدمى أم لا فهذا لا يتعلق به شيء من الأحكام لانه لم يثبت أنه ولد لا بالمشاهدة ولا بالبينة .

الحال الثالث : ألفت مضغة لم تبين فيها الحلقة . فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية بان بها أنها خلقة آدمى ، فهذا في حكم الحال الاول لانه قد تبين بشهادة أهل المعرفة أنه ولد .

الحال الرابع : اذا ألفت مضغة لا صورة فيها فشهد ثقات من القوابل انه مبتدأ خلق آدمى ، فاختلف عن أحد فنقل أبو طالب أن عدتها لا تنقض به ولا تصير به أم ولد . لانه لم يبين فيه خلق آدمى فأشبهه الدم . وقد ذكر هذا قولاً للشافعى وهو اختيار أبى بكر .

ونقل الاثر عن أحد أن عدتها لا تنقض به ، ولكن تصير أم ولد ، لانه مشكوك في كونه ولداً فلم يحكم بانقضاء العدة المتيقنة بأمر مشكوك فيه ، ولم يحز بيع الامه الوالدة له مع الشك في رقتها . فثبت كونها أم ولد احتياطاً ، ولا تنقض العدة احتياطاً . ونقل حنبل انها تصير أم ولد ولم يذكر العدة . فقال بعض أصحابنا على هذا تنقض به العدة . وهو قول الحسن وظاهر مذهب الشافعى لانهم شهدوا بانه خلقة آدمى ، أشبه ما لو تصور ، والصحيح أن هذا ليس برواية في العدة لانه لم يذكرها ولم يتعرض لها .

الحال الخامس : أن تضع مضغة لا صورة فيها ولم تشهد القوابل بانها مبتدأ خلق آدمى ، فهذا لا تنقض به عدة ولا تصير به أم ولد لانه لم يثبت كونه ولداً ببينة ولا مشاهدة . فأشبهه الملقه . ولا تنقض العدة بوضع ما قبل المضغة بحال ، سواء كان نطفة أو علقه . وسواء قبل انه مبتدأ خلق آدمى أو لم يقل ، نص عليه أحد فقال : أما اذا كان علقه فليس بشيء انما هي دم لا تنقض به عدة ولا تعتق به أمة ، ولا نعلم مخالفاً في هذا الا الحسن فإنه قال : اذا علم أنها حمل انقضت به العدة وفيه الغرة ، والاول أصح وعليه الجمهور ، وأقل ما تنقض به العدة من الحمل أن تضعه بعد ثمانين يوماً منذ أمكنه وطؤها . لأن النبي (ص) قال : ان خلق أحدكم ليجمع في بطن أمه فيكون نطفة أربعين يوماً ثم يكون علقه مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك ، ولا تنقض العدة بما دون المضغة فوجب أن تكون

بعد الثمانين ، فأما ما بعد الأربعة أشهر فليس فيه إشكال لأنه منكس في الخلق الرابع .
 (فصل) وأقل مدة الحمل ستة أشهر ، لما روى الأثرم بإسناده عن أبي الأسود
 أنه رفع إلى عمر أن امرأة ولدت ستة أشهر فهم عمر يرجعها ، فقال له على ليس لك
 ذلك ، قال الله تعالى (والوالدان يرضعن أولادهم حولين كاملين) وقال تعالى
 (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) فحولان وستة أشهر ثلاثون شهراً : لارجع عليها
 نفلي عمر سيلها وولدت مرة أخرى لذلك الحد ، ورواه الأثرم أيضاً عن عكرمة
 أن ابن عباس قال ذلك . قال عاصم الأحول فقلت لعكرمة أنا بلغنا أن علياً قال
 هذا ، فقال عكرمة لا . ما قال هذا إلا ابن عباس ، وذكر ابن قتيبة في المعارف
 أن عبد الملك بن مروان ولد لستة أشهر ، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب
 الرأي وغيرهم .

ومسألة قال (ولو طلقها أو مات عنها لم تنكح حتى أتت به لد بعد طلاقه أو
 موته بأربع سنين لحقه الولد وانقضت عدتها به)

ظاهر المذهب أن أقصى مدة الحمل أربع سنين ، وبه قال الشافعي ، وهو المشهور
 عن مالك . وروى عن أحمد أن أقصى مدته سنتان ، وروى ذلك عن عائشة .
 وهو مذهب الثوري وأبو حنيفة لما روت جميلة بنت سعد عن عائشة : لا تزيد
 المرأة على السنتين في الحمل ، ولأن التقدير إنما يعلم بتوقيف أو اتفاق ولا توقف
 ههنا . لا اتفاق ، إنما هو على ما ذكرنا ، وقد وجد ذلك ، فإن الضحاك بن مزاحم
 وهرم بن حبان حملت أم كل واحد منهما به سنتين ، وقال الليث أقصاه ثلاث سنين
 حملت مولاة لعمر بن عبد الله ثلاث سنين ، وقال عباد بن العوام خمس سنين ،
 وعن الزهري قال قد تحمل المرأة ست سنين وسبع سنين ، وقال أبو عبد ليس
 لأقصاه وقت يوقف عليه

ولنا : أن ما لا نص فيه يرجع فيه إلى الوجود وقد وجد الحمل لأربع سنين ،
 فروى الوليد بن مسلم قال قلت لمالك بن أنس حديث جميلة بنت سعد عن عائشة
 لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل ، قال مالك : سبحان الله من يقول هذا ؟ هذه
 جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين قبل أن تلد ، وقال الشافعي : بقي

محمد بن عجلان في بطن أمه أربع سنين ، وقال أحمد : نساء بنى عجلان يحملن أربع سنين ، وامرأة عجلان حملت ثلاث بطون كل دفعة أربع سنين ، وبقى محمد بن عبد الله بن الحسن بن الحسن بن علي في بطن أمه أربع سنين ، وهكذا إبراهيم بن نجيع العقيلي ، حكى ذلك أبو الخطاب ، وإذا تقرر وجوده وجب أن يحكم به ولا يزداد عليه لأنه ما وجد ، ولأن عمر ضرب لامرأة المفقود أربع سنين ، ولم يكن ذلك إلا لأنه غاية الحمل . وروى ذلك عن عثمان وعلي وغيرهما .

إذا ثبت هذا فإن المرأة إذا ولدت لأربع سنين فما دون من يوم موت الزوج أو طلاقه ولم تكن تزوجت ولا وطئت ولا انقضت عدتها بالقروء ولا بوضع الحمل فإن الولد لاحق بالزوج وعدتها منقضية به .

(فصل) ، إن أتت بالولد لأربع سنين منذ مات أو بانث منه بطلاق أو فسخ أو انقضاء عدتها إن كانت رجعة لم يلحقه ولدها لأنها تعلم أنها علقته به بعد زوال النكاح والبيئته منه . وكونها قد صارت منه أجنبية فأشبهت سائر الاجنبيات ، ومهموم كلام الحر في أن عدتها لا تنقضي به لأنه لا ينتفى عنه بغير لعان فلم تنقض عدتها منه به ضعه كما لو أتت به لأقل من ستة أشهر منذ نكحها . قال أبو الخطاب هل تنقضي به العدة ؟ على وجهين :

بذكر القاضي أن عدتها تنقضي به . وهو مذهب الشافعي لأنه ولد يمكن أن يكون منه بعد نكاحه بأن يكون قد وطئها بشبهة أو جدد نكاحها فوجب أن تنقضي به العدة . وإن لم يلحق به كالولد المنقذ باللعان ، وبهذا فارق الذي أتت به أقل من ستة أشهر فإنه ينتفى عنه يقينا ، ثم ناقضوا قولهم فقالوا : لو تزوجت في عدتها وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من حين دخل بها الثاني ، ولا أكثر من أربع سنين من حين بانث من الأول فالولد منتف عندها ولا تنقضي عدتها بوضعه عن واحد منهما . وهذا أصح فإن احتمال كونه منه لم يكف في إثبات نسب الولد منه ، مع أنه يثبت بمجرد الامكان : فلأن لا يكنى في انقضاء العدة أولى وأحرى ، وما ذكره منتقض بما سلوه ، وما ذكره من الفرق بين هذا وبين الذي أتت به لأقل من ستة أشهر غير صحيح فإنه يحتمل أن يكون أصابها قبل نكاحها بشبهة أو بنكاح غير هذا النكاح الذي أتت بالولد فيه فاستويا .

وأما المنفى باللعان فإننا نعين الولد عن الزوج بالنسبة إليه ونقينا حكمه في كونه منه بالنسبة إليها حتى أوجبنا الحد على قاذفها وقاذف ولدها وانقضاء عدتها من الأحكام المتعلقة بها دونه فثبتت

(فصل) وإن أقرت المرأة بانقضاء عدتها بالقروء ثم أتت بولد استة أشهر فصاعداً من بعد انقضائها لم يلحق نسبه بالزوج ، وبه قال أبو حنيفة وابن سريج وقال مالك والشافعي يلحق به ما لم تتزوج أو يبلغ أربع سنين ، وكلام الحرقى يحتمل ذلك ، فإنه أطلق قوله إذا أتت بولد بعد طلاقه أو موته بأربع سنين لحقه الولد ، وذلك لأنه ولد يمكن كونه منه وليس معه من هو أولى منه ولا من يساويه فوجب أن يلحق به كما لو أتت به بعد عقد النكاح .

ولنا أنها أتت به بعد الحكم بقضاء عدتها وحل النكاح لها بمدة الحمل فلم يلحق به كما لو أتت به بعد انقضاء عدتها بوضع حملها لمدة الحمل ، وإنما يعتبر الامكان مع بقاء النكاح أو آثاره وقد زال ذلك . وإن انقضت عدتها بالشهور ثم أتت بولد لدون أربع سنين لحقه نسبه لأنها ان كانت تدعى الإياس تبينا كذبها ، فإن من تحمل ليست بآيسة ، وإن كانت من اللاتي لم يحضن أو متوفى عنها لحقه ولدها لأنه لم يوجد في حقها ما ينافي كونها حاملاً .

(فصل)

وإذا مات الصغير الذي لا يولد لمثله عن زوجته فأنت بولد لم يلحقه نسبه ولم تنقض العدة بوضعه . وهذا قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة : إن مات وبها حمل ظاهر اعتدت عنه بالوضع . فإن ظهر الحمل بها بعد موته لم تعد به وقد روى عن أحمد في الصبي مثل قول أبي حنيفة ، وذكره ابن أبي مهزيب قال أبو الخطاب وفيه بعد ، وهكذا الخلاف فيما إذا تزوج بامرأة ودخل بها ، أتت له لدون ستة أشهر من حين عقد النكاح فإنها لا تعد بوضعه عندنا ، وعند غيره تعد به . واحتج بقوله تعالى (وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن) ولنا إن هذا حمل مني عنه يقينا فلم تعد بوضعه كما لو ظهر بعد موته ، والآية واردة في المطلقات ثم هي مخصوصة بالقياس الذي ذكرناه .

إذا ثبت هذا فإن عدتها تنقضي بوضع الحمل من الوطء الذي علقت به منه

سواء كان هذا الولد ملحقاً بغير الصغير ، مثل أن يكون من عقد فاسد أو وطء شبهة أو كان من زنا لا يلحق بأحد ، لأن العدة تجب من كل وطء فإذا وضعته اعتدت من الصبي بأربعة أشهر وعشر لأن العدتين من رجلين لا يتداخلان .

وإن كانت الفرقة في الحياة بعد الدخول كزوجة كبير دخل بها ثم طلقها وأنت بولد لدون ستة أشهر منذ تزوجها فإنها تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء ، وكذلك إذا طلق الخصي المحبوب امرأته أو مات عنها فأنت بولد لم يلحقه نسبه ولم تنقض عدتها بوضعه وتنقضي به عدة الوطء ثم تستأنف عدة الطلاق أو عدة الوفاة على ما بيناه وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد أن الولد يلحق به لأنه قد يتصور منه الإنزال بأن يحك موضع ذكره بفرجها فينزل ، فعلى هذا القول يلحق به الولد وتنقضي به العدة ، والصحيح أن هذا لا يلحق به ولد لأنه لم يجز به عادة فلا يلحق به ولدها كالصبي الذي لم يبلغ عشر سنين ، ولو تزوج امرأة في مجلس الحاكم ثم طلقها في المجلس أو تزوج المشرك بالمغربية ثم أنت بولد لا يمكن أن يكون منه بعد اجتماعهما بدّة الحمل فإنه لا يلحقه نسبه ولا تنقضي العدة بوضعه

ومسألة ، قال في ولو طلقها أو مات عنها فلم تنقض عدتها حتى تزوجت من أسائها فارق بينهما ، بنت على ماضى من عدة الأول ثم استقبلت العدة من الثاني

وحملته الأمر أن المعتدة لا يجوز لها أن تسكن في عدتها إجماعاً ، أي عدة كانت لقول الله تعالى (ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله) ولأن العدة إنما اعتبرت لمعرفة برائة الرحم لئلا يفضى إلى اختلاط المياه وامتزاج الانساب ، وإن تزوجت فالنكاح باطل لأنها ممنوعة من النكاح لحق الزوج الأول ، فكان نكاحها باطلاً ، كما لو تزوجت وهي في نكاحه ، ويجب أن يفرق بينه وبينها فإن لم يدخل بها فالعدة بحالها ولا تنقطع بالعقد الثاني لأنه باطل لا تصير به المرأة فراشاً ولا يستحق عليه بالعقد شيء وتسقط سكنها ونفقة عن الزوج الأول لأنها ناشز ، وإن وطئها انقطعت العدة سواء علم التحريم أو جهله

وقال أبو حنيفة : لا تنقطع لأن كونهما فراشاً لغير من له العدة لا يمنعهما من وطئ بشبهة وهي زوجة فإنها تعتد ، وإن كانت فراشاً للزوج

وقال القاضي : إن وطئها عالماً بأنها معتدة وأنها تحرم فهو زان فلا تنقطع
العدة بوطئه لأنها لا تصير به فراشا ولا يلحق به نسب ، وإن كان جاهلاً بأنها
معتدة أو بالتحریم انقضت العدة بالوطء لأنها تصير به فراشا والعدة تراد
الاستبراء . وكونها فراشا ينافي ذلك . فوجب أن يقطعها . فأما طرياقه عليها
فلا يجوز . ولنا أن هذا وطء بشبهة نكاح فتقطع به العدة كما لو جعل ، وقولهم
إنها لا تصير به فراشا . قلنا لكنه لا يلحق نسب الولد الحادث من وطئه بالزوج
الاول فهما شيان .

إذا ثبت هذا فعليه فراقها فإن لم يفعل وجب التفريق بينهما ، فإن فارقها أو
فرق بينهما وجب عليها أن تكمل عدة الاول لأن حقه أسبق وعدته وجبت عن
وطء في نكاح صحيح ، فإذا أكملت عدة الاول وجب عليها أن تعتد من الثاني
ولا تتداخل العدتان لأنها من رجلين ، وهذا مذهب الشافعي
وقال أبو حنيفة يتداخلان فتأتي بثلاثة قروء بعد مفارقة الثاني تكون عن
بقية عدة الاول وعدة الثاني ، لأن القصد معرفة برامة الرحم ، وهذا يحصل به
برامة الرحم منهما جميعا .

ولنا ما روى مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار
أن طلحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها ونكحها غيره في عدتها ، فضربها
عمر بن الخطاب وضرب زوجها ضربات يخففه وفرق بينهما ثم قال : أيما امرأة
نكحت في عدتها ، فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم
اعتدت بقية عدتها من زوجها الاول وكان خاطباً من الخطاب ، وإن كان دخل
بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من الاول ، ثم اعتدت من الآخر ولا
ينكحها أبداً .

وروى بإسناده عن علي أنه قضى في التي تزوج في عدتها أنه يفرق بينهما ولها
الصداق بما استحل من فرجها . تكمل ما أفسدت من عدة الاول وتعتمد من الآخر
وهذان قولان سيدين من الخلفاء لم يعرف لهما في الصحابة مخالف ، ولأنهما حقان
مفصودان لأدبين ولم يتدخلا كالدنين واليئنين . ولأنه حبس يستحقه الرجال على
النساء فلم يكن أن تكون المرأة في حبس رجلين كحبس الزوج .

« مسألة ، قال (وله أن ينكحها بعد انقضاء العدتين)

يعني للزوج الثاني أن يتزوجها بعد انقضاء العدتين . فأما الزوج الأول فإن كان طلاقه ثلاثاً لم تحل له بهذا النكاح وإن وطئ فيه لأنه نكاح باطل . وإن كان طلاقه دون الثلاث فله نكاحها أيضاً بعد العدتين . وإن كانت رجعية فله رجعتها في عدتها منه .

وعن أحمد رواية أخرى : أنها تحرم على الزوج الثاني على التأيد . وهو قول مالك وقديم قول الشافعي لقول عمر « لا ينكحها أبداً » . ولأنه استعجل الحق قبل وقته فخرمه في وقته كالوارث إذا قتل . رويته . ولأنه يفسد النسب فيوقع التحريم المؤبد كاللعان .

وقال الشافعي في الجديد : له نكاحها بعد انقضاء عدة الأول ولا يمنع من نكاحها في عدتها منه . ولأنه وطئ يلحق به النسب فلا يمنع من نكاحها في عدتها منه كالوطء في النكاح . ولأن العدة إنما شرعت لحفظ النسب وصيانة للماء ، والنسب لاحق به ههنا فأشبه ما لو خالعا ثم نكحها في عدتها . وهذا حسن موافق للنظر . ولنا على إباحتها بعد العدتين أنه لا يخلو إما أن يكون تحريمها بالعقد أو بالوطء في الكاح الفاسد أو بهما . وجميع ذلك لا يقتضي التحريم بدليل ما لو نكحها بلا ولي ووطئها . ولأنه لو زنى بها لم تحرم عليه على التأيد فهذا أولى ، ولأن آيات الإباحة عامة كقوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) وقوله (والمحصنات من المؤمنات) فلا يحوز تخصيصها بغير دليل . وما روي عن عمر في تحريمها فقد خالفه علي فيه .

وروي عن عمر أنه رجع عن قوله في التحريم إلى قول علي ، فإن علياً قال « إذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب » فقال عمر : ردوا الجهالات إلى السنة ، ورجع إلى قول علي ، وقاسه . يظن بما إذا زنى بها فإنه قد استعجل وطأها ولا تحرم عليه على التأيد ، ووجه تحريمها عليه قبل انقضاء عدة الثاني قول الله تعالى (ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله) ولأنه وطئ يفسد به النسب فلم يحز النكاح في العدة منه كوطء الأجني .

(فصل) وكل معتدة من غير النكاح الصحيح كالزانية والموطوءة بشبهة أو في نكاح فاسد ، فقياس المذهب تحريم نكاحها على الواطوء وغيره ، والاولى حل نكاحها لمن هي معتدة منه ان كان يلحقه نسب ولدها ، لان العدة لحفظ مائه وصيانة نسبه ، ولا يصار ماؤه المحترم عن مائه المحترم ولا يحفظ نسبه عنه ، ولذلك ابيح للمختلعة نكاح من خالعهما ، ومن لا يلحقه نسب ولدها كالزانية لا يحل له نكاحها ، لان نكاحها يفضى الى اشتباه النسب ، قالوا طوء كغيره في أن الولد لا يلحق نسبه بواحد منها .

مسألة ، قال وان أتت به لد يمكن أن يكون منها أرى القافة وألحق بمن الحقوق منها وانقضت عدتها منه واعتدت للآخر (

وجملته أنها اذا كانت حاملا انقضت عدتها منه بوضع حملها ، لقوله سبحانه : وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) ثم تنظر فان كان يمكن أن يكون من الاول دون الثاني . وهو أن تأتى به لدون ستة أشهر من طء الثاني وأربع سنين فما دونها من فراق الاول فانه يلحق بالاول وتنقض عدتها به منه بوضعه ثم تعد بثلاثة قروء عن الثاني ، وان أمكن كونه من الثاني دون الاول . وهو أن تأتى به لستة أشهر ، فما زاد الى أربع سنين من طء الثاني ، ولا أكثر من أربع سنين منذ بانت من الاول فهو ملصق بالثاني دون الاول فتتقضى به عدتها من الثاني ثم تتم عدة الاول وتقدم عدة الثاني ههنا على عدة الاول لانه لا يجوز أن يكون الحمل من انسان والعدة من غيره

وان أمكن أن يكون منها ، وهو أن تأتى به لسنة أشهر فصاعداً من طء الثاني ولا أربع سنين فما دونها من بدنتها من الاول أرى القافة ، فان ألحقته بالاول لحق به ، كما لو أمكن أن يكون منه دون الثاني ، وان ألحقته بالثاني لحق به وكان الحكم كما لو أمكن كونه من الثاني دون الاول ، فان أشكل أمره على القافة أو لم تكن قافة لزمها أن تعد بعد وضعه بثلاثة قروء ، لانه ان كان من الاول فقد أتت بما عليها من عدة الثاني ، وان كان من الثاني فعليها أن تكمل عدة الاول ليستقط الفرض يقين .

فأما الولد فقال أبو بكر . يضيع نسبه لانه لا دليل على نسبه الى واحد منهما فأشبهه ما لو كان مجنوناً لم ينتسب الى واحد منهما
وقال أبو عبد الله بن حامد : يترك حتى يبلغ فينتسب الى أحدهما ، وان الحقته القافة بهما لحق بهما . ومقتضى المذهب ان تنقضى عدتها به منها جميعاً لان نسبه ثبت منها كما تنقضى عدتها به من الواحد الذي يثبت نسبه منهما . وان نفته القافة عنهما فحكمه حكم ما لو أشكل أمره . وتعتد بعد وضعه بثلاثة قروء ، ولا ينتفى عنهما بقول القافة ، لان عمال القافة في ترجيح احد صاحبي الفراش لا في النفي عن الفراش كله . ولهذا لو كان صاحب الفراش واحداً فنفته القافة عنه لم ينتف عنه بقولها . فأما ان ولدت لدون ستة أشهر من وطء الثاني ولا أكثر من أربع سنين من فراق الاول لم يلحق به احد منهما ولا تنقضى به عدتها منه لانه انما علم انه من وطء آخر فنقضت به عدتها من ذلك الوطء ثم تتم عدة الاول وتستأنف عدة الثاني لانه قد حدد ما يقتضى عدة ثلاثة وهم الوطء الذي حملت منه فتجب عليها عدتان وانما المدة الاولى

(فصل)

واذا تزوج معتدة وعما عالمان بالعدة وتحريم المكاح فدها ووطئها فدها زانبان عليها حد الزنا ولا مهر لها ولا يلحقه النسب ، وان كانت جاهلين بالعدة أو بالتحريم ثبت النسب وانتهى الحد ووجب المهر . وان علم هو دونها فعليه الحد والمهر . لا نسب له . وان علمت هي دونه فعليها الحد ولا مهر لها والنسب لاحق به ، وانما كان كذلك لان هذا نكاح متفق على بطلانه فأشبهه نكاح ذوات محارمه
(فصل) واذا خالع الرجل زوجته او فسخ نكاحه فله ان يتزوجها في عدتها في قول حماد والفقهاء . وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والزهري والحسن وقتادة ومالك والشافعي واصحاب الرأي ، وشذ بعض المتأخرين فقال : لا يحل له نكاحها ولا خطبتها لانها معتدة

ولما ان العدة لحفظ نسبه وصيانة مائه ولا يسان ماؤه عن مائه اذا كانا من نكاح صحيح ، فاذا تزوجها انقضت العدة لان المرأة تصير فراشاً له بعقده ولا يجوز ان تكون زوجته معتدة فان وطئها ثم طلقها لزمها عدة مستأنفة ولا شيء

عليها من الأولى لأنها قد انقطعت وارتفعت : وإن طلقها قبل أن يمسه فهل تستأنف
العدة أو تبني على ما مضى ؟

قال القاضي فيه روايتان . إحداهما : تستأنف وهو قول أبي حنيفة لأنه طلاق
لا يخلو من عدة فأوجب عدة مستأنفة كالاول . والثانية : لا يلزمها استئناف عدة
وهو قول الشافعي ومحمد بن الحسن لأنه طلاق في نكاح قبل المسيس فلم يوجب
عدة لعموم قوله سبحانه : ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من
عدة تعتدونها (

وذكر القاضي في كتاب الروايتين أنه لا يلزمها استئناف العدة رواية واحدة ،
لكن يلزمها إتمام بقية العدة الأولى ، لأن إسقاطها يفضي إلى اختلاط المياه
لأنه يتزوج امرأة ويوطؤها ويخلعها ، ثم يتزوجها ويطلقها في الحال ويتزوجها الثاني
في يوم واحد ، فإن خلعها حاملاً ثم تزوجها حاملاً ثم طلقها وهي حامل انقضت
عدتها بوضع الحمل على كلتا الروايتين ، لا علم فيه بخلافه ، ولا تنقض عدتها
قبل وضعها بغير خلاف نعله

وإن وضعت حملها قبل النكاح الثاني فلا عدة عليها للطلاق من النكاح الثاني
بغير خلاف أيضاً ، لأنه فكحها بعد انقضاء عدة الاول ، وإن وضعت بعد
النكاح الثاني وقبل طلاقه ، فمن قال يلزمها استئناف عدة أوجب عليها الاعتداد
بعد طلاق الثاني بثلاثة قروء ، ومن لا يلزمها استئناف عدة لم يوجب عليها هذا
عدة ، لأن العدة الاولى انقضت بوضع الحمل ، إذ لا يجوز أن تمتد الحمل بغير
وضعه ، وإن كانت من ذوات القروء أو الشهور فكحها الثاني بعد مضي قء أو
شهر ، ثم مضى قءان أو شهران قبل طلاقه من النكاح الثاني فقد انقطعت العدة
بالنكاح الثاني ، فإن قلنا تستأنف العدة فعلمها عدة ثالثة قروء أو ثلاثة أشهر
وإن قلنا تبني أتمت العدة الاولى بقروءين أو شهرين .

(فصل)

وإن طلقها طلاقاً رجعياً ثم ارتجعها في عدتها ووطئها ثم طلقها انقطعت العدة
الأولى بجمعه ، لأنه زال حكم الطلاق وتستأنف عدة من الطلاق الثاني لأنه طلاق
من نكاح اتصل به المسيس ، وإن طلقها قبل أن يمسه فهل تستأنف عدة أو تبني

على العدة الأولى ؛ فيه روايتان : أولاها أنها تستأنف ، لأن الرجعة أزيلت شئت
الطلاق الأول ووردتها إلى النكاح الأول فصار الطلاق الثاني طلاقاً من نكاح اتصال
به المسيس . والثانية تبني لأن الرجعة لا تزيد على النكاح الجديد ، ولو نكحها ثم
طلقها قبل المسيس لم يلزمها لذلك الطلاق عدة فكذلك الرجعة ، فإن فسخ نكاحها
قبل الرجعة بخلاف أو غيره احتمال أن يكون حكمه حكم الطلاق . لأن موجهه في
العدة موجب الطلاق ولا فرق بينهما . واحتمل أن تستأنف العدة لأنهما جنسان
بخلاف الطلاق ، وإن لم يرتجعا بلفظه لكن وطئها في عدتها ، فهل تحصل بذلك
رجعة أو لا ؟ فيه روايتان

إحداها تحصل به الرجعة فتكون حكمها حكم من ارتجعا بلفظه ثم وطئها سواء
والثانية : لا تحصل الرجعة به ويلزمها استئناف عدة ، لأنه وطئ في نكاح تشمت
فهو كوطئ الشبهة ، وتدخل بقية عدة الطلاق فيها ، لأنهما من رجل واحد ، وإن
حملت من هذا الوطئ فهل تدخل فيها بقية الأولى ؟ على وجهين
أحدهما تدخل لأنهما من رجل واحد . والثاني لا تدخل لأنهما من جنسين
فإن هذا إذا وضعت حملها أنت عدة الطلاق ، وإن وطئها وهي حامل ففي تدخل
المدتين وجهان ، فإن قلنا بتدخلان فأنقضاهما معا بوضع الحمل . وإن قلنا
لا بتدخلان فأنقضاه عدة الطلاق بوضع الحمل ، وتستأنف عدة الوطئ بالقروء .
(فصل) فإن طلقها طلاقاً رجعياً فنكحت في عدتها من وطئها فقد ذكرنا
أنها تبني على عدة الأول ثم تستأنف عدة الثاني ولزوجها الأول رجعتها في بقية
عدتها منه ، لأن الرجعة إمساك للزوجة وطريان الوطئ من أجنبي على النكاح لا يمنع
الزوج إمساك زوجته ، كالأول كانت في صلب النكاح .
وقيل ليس له رجعتها لأنها محرمة عليه فلم يصح له ارتجاعها كالمرتدة ، والصحيح
الأول فإن التحريم لا يمنع الرجعة كالإحرام ، ويفارق الردة لأنها جارية إلى بينوته
بعد الرجعة بخلاف العدة ، وإذا انقضت عدتها منه فليس له رجعتها في عدة الثاني
لأنها ليست منه ، وإذا ارتجعا في عدتها من نفسه وكانت بالقروء أو بالاشهر
انقطعت عدته بالرجعة وابتدأت عدة من الثاني ، ولا يحل له وطؤها حتى تنقضي
عدة الثاني ، كالأول وطئت بشبهة في صلب نكاحه

وان كانت معتدة بالحمل لم يسكن شروعها في عدة الثاني قبل وضع الحمل لأنها بالقروء فإذا وضعت حملها شرعت في عدة الثاني ، وان كان الحمل ملحقا بالثاني فإنها تعد به عن الثاني وتقدم عدة الثاني على الاول فإذا أكملت شرعت في اتمام عدة الاول وله حينئذ أن يرتجعها لأنها في عدته ، وان أحب أن يرتجعها في حال حملها ففيه وجهان .

أحدهما : ليس له ذلك لأنها ليست في عدته وهي محرمة عليه فأشبهت الأجنبية أو المرتدة .

والثاني : له رجعتها لأن عدتها منه لم تنقض ، وتحريمها لا يمنع رجعتها كالمحرمة .
 الفصل : إذا تزوج رجل امرأة لها ولد من غيره فمات ولدها . فإن أحد قال يعتزل امرأته حتى تحيض حيضة ، وهذا يروي عن علي بن أبي طالب والحسن ابنه ونحوه عن عمر بن الخطاب .

وعن الحسن بن علي والصعب بن جثامة ، وبه قال عطاء وعمر بن عبد العزيز والذهبي ومالك وإسحاق وأبو عبيد قال عمر بن عبد العزيز لا يقربها حتى ينظر بها حمل أم لا ؟ وإذا قالوا ذلك لأنها ان كانت حاملا حين موته ورثه حملها ، وان حدث الحمل بعد الموت لم يرثه ، فإن كان للميت ولد أو أب أو جد لم يحتاج الى استبرائها لأن الحمل لا ميراث له ، وان كانت حاملا قد تبين حملها لم يحتاج الى استبرائها لأن الحمل معلوم ، وان كانت آيسة لم يحتاج الى استبرائها للباس من حملها وان كانت ممن يمكن حملها ولم يبين بها حمل ولم يعتزلها زوجها فانت بولد قبل ستة أشهر وراث ، وان أتت به بعد ستة أشهر من حين وطئها بعد موت ولدها لم يرث لانا لا تنهين وجوده حال موته ، هذا يروي عن سفيان وهو قياس قول الشافعي

فصل في أحكام المفقود

إذا غاب الرجل عن امرأته لم يخل من حالين أحدهما : أن تكون غيبه غير منقطعة يعرف خبره ويأتي كتابه بهذا ليس لامراته أن تتزوج في قول أهل العلم أجمعين الا أن يتعذر الاتفاق عليها من ماله فلما أن تطلب فسخ النكاح فيفسخ نكاحه وأجمعوا على أن زوجة الأسير لا تنكح حتى تعلم يقين وفاته ، وهذا قول الذهبي والزمري ويعني الأصمعي ومكحول والشافعي وأبي عبيد

وأبي ثور وإسحاق وأصحاب الرأي . وإن أبق العبد فزوجته على الزوجية حتى تعلم موته أو ردته ، وبه قال الأوزاعي والثوري والشافعي وإسحاق ، وقال الحسن إباقة طلاقه .

ولنا : أنه ليس بفقود فلم يفسخ نكاحه كالحر . ومن تعذر الاتفاق من ماله على زوجته فحكمها في الفسخ حكم ما ذكرنا إلا أن العبد نفقة زوجته على سيده أو في كسبه فيعتبر تعذر الاتفاق من محل الوجوب .

الحال الثاني : أن يفقد وينقطع خبره ولا يعلم له موضع فهذا ينقسم قسمين . أحدهما : أن يكون ظاهر غيبته السلامة كسفر التجارة في غير مهلك وإباق العبد وطلب العلم والسباحة فلا تزول الزوجية أيضا ما لم يثبت موته ، وروى ذلك عن علي وإليه ذهب ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة والشافعي في الجديد وروى ذلك عن أبي قلابة والنخعي وأبي عبيد .

وقال مالك والشافعي في القديم تريض أربع سنين وتعد الوفاة أربعة أشهر وعشرًا وتحل الأزواج لأنه إذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالعنة وتعذر النفقة بالاعسار فلأن يجوز هنا لتعذر الجميع أولى واحتجوا بحديث عمر في المفقود مع موافقة الصحابة له وتركهم إنكاره .

ونقل أحمد بن أصرم عن أحمد : إذا مضى عليه تسعون سنة قسم ماله . وهذا يقتضي أن زوجته تعد عدة الوفاة ثم تنزوج ، قال أصحابنا إنما أعبر تسعين سنة من يوم ولادته لأن الظاهر أنه لا يعيش أكثر من هذا العمر ، فإذا اقترن به انقطاع خبره وجب الحكم بموته كما لو كان قد غيبه ظاهرها الهلاك والمذهب الأول لأن هذه غيبة ظاهرها السلامة فلم يحكم بموته كما قبل الأربع سنين أو كما قبل التسعين ، ولأن هذا التقدير بغير توقف والتقدير لا ينبغي أن يصار إليه إلا بالتوقيف لأن تقديرها بتسعين سنة من يوم ولادته يفضي إلى اختلاف العدة في حق المرأة باختلاف عمر الزوج ولا نظير لهذا ، وخبر عمر ورد فيمن ظاهر غيبته الهلاك فلا يقاس عليه غيره .

القسم الثاني : أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك كالذي يفقد من بين أهله ليلا أو نهارا أو يخرج إلى الصلاة فلا يرجع أو يضي إلى مكان قريب ليقتضى حاجته

ويرجع فلا يظهر له خير أو يفقد بين الصفين أو ينكسر بهم مركب فيغرق بعض رفقته أو يفقد في مهلكة كبيرة الحجاز ونحوها فذهب أحد الظاهر عنه أن زوجته تربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشرًا وتحمل للأزواج .

قال الأثرم : قيل لأبي عبد الله : تذهب إلى حديث عمر ؟ قال هو أحسنها يروى عن عمر من ثمانية وجوه ثم قال زعموا أن عمر رجع عن هذا هؤلاء الكذابين ، قلت : فروى من وجه ضعيف أن عمر قال بخلاف هذا ؟ قال : لا إلا أن يكون إنسان يكذب ، وقلت له مرة : إن إنساناً قال لي أن أبا عبد الله قد ترك قوله في المفقود بعدك فضحك ثم قال من ترك هذا القول أي شيء يقول ؟ وهذا قول عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن الزبير .

قال أحمد خمسة من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ، وبه قال عطاء وعمر بن عبد العزيز والحسن والزهرى وقتادة والليث وعلي بن المدين وعبد العزيز بن أبي سبرة ، وبه يقول مالك والشافعى فى القديم إلا أن مالكا قال : ليس فى انتظار من يفقد فى القتال وقت ، وقال سعيد بن المسيب : فى امرأة المفقود بين الصفين تربص ستة لأن غلبة هلاكه هنا أكثر من غلبة غيره لوجود سببه .

وقد نقل عن أحمد أنه قال : كنت أقول إذا تربصت أربع سنين ثم اعتدت أربع أشهر وعشرًا تزوجت وقد ارتبت فيها وهبت الجواب فيها لما اختلف الناس فيها فكأنى أحب السلامة ، وهذا نوقف يحتمل الرجوع عما قاله وتربص أبداً ويحتمل التورع ويكون المذهب ما قاله أولاً .

قال القاضى : أكثر أصحابنا على أن المذهب رواية واحدة ، وعندى أن المسألة على روايتين . وقال أبو بكر الذى أقول به أن صح الاختلاف فى المسألة أن لا يحكم بحكم ثان إلا بدلائل على الانتقال ، وإن ثبت الإجماع فالحكم فيه على ما نص عليه وظاهر المذهب على ما حكيناه أولاً نقله عن أحمد الجماعة ، وقد أنكر أحمد رواية من روى عنه الرجوع على ما حكيناه من رواية الأثرم .

وقال أبو قلابة والنخعي والثورى وابن أبى ليلى وابن شبرمة وأصحاب الرأى والشافعى فى الجديد : لا تنزوج امرأة المفقود حتى يتبين موته أو فراقه لما روى

المغيرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : « امرأة المفقود امرأته حتى يأتي زوجها ، وروى الحكم وحماد عن علي : لا تتزوج امرأة المفقود حتى يأتي موته او طلاقه لانه شك في زوال الزوجية فلم تثبت به الفرقة كما لو كان ظاهر غيبته السلامة . ولنا ما روى الاثرم والجوزجاني بإسنادهما عن عبيد بن عمير قال : فقد رجل في عهد عمر فجاءت امرأته الى عمر فذكرت ذلك له . فقال انطلق فتربصي أربع سنين ففعلت ثم اتته فقال انطلقى فاعتدي أربعة اشهر وعشراً ففعلت ، ثم اتته فقال أين ولي هذا الرجل ؟ فقال طلقها ففعل ، فقال لها عمر انطلقى فتزوجي من شئت فتزوجت ثم جاء زوجها الاول فقال عمر : أين كنت ؟ قال : يا أمير المؤمنين استهوتني الشياطين فوالله ما ادرى في اي ارض الله كنت ، كنت عند قوم يستعبدوني حتى اغتزامهم منهم قوم مسلمون فكنت فيما غنموه فقالوا لي انت رجل من الانس وهؤلاء من الجن فمالك وما لهم ؟ فأخبرتهم خبري فقالوا باي ارض الله تحب ان تصبح ؟ قلت المدينة هي ارضي فأصبحت وانا انظر الى الحرة فخيره عمر ان شاء امرأته وان شاء الصداق فاختر الصداق ، وقال قد حببت لا حاجة لي فيها ، قال احمد يروى عن عمر من ثلاثة وجوه ولم يعرف في الصحابة له مخالف .

وروى الجوزجاني وغيره بإسنادهم عن علي في امرأة المفقود : تعتد أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها وتعتد بعد ذلك أربعة اشهر وعشراً فإن جاء زوجها المفقود بعد ذلك خير بين الصداق وبين امرأته ، وقضى به عثمان ايضاً وقضى به ابن الزبير في مولاة لهم . وهذه قضايا انتشرت في الصحابة فلم تنكر فكانت اجماعاً . فاما الحديث الذي روه عن النبي صلى الله عليه وسلم فلم يثبت ولم يذكره اصحاب السنن ، وما روه عن علي فيرويه الحكم وحماد مرسل والمسنند عنه مثل قولنا ثم يحمل ما روه علي المفقود الذي ظاهر غيبته السلامة جمعاً بينه وبين ما روينا ، وقولهم : انه شك في زوال الزوجية ممنوع فإن الشك ما تساوى فيه الامر ان والظاهر في مسألتنا هلا كه .

(فصل) وهل يعتبر ان يطلقها ولي زوجها ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة قروء ؟

فيه روايتان . إحداهما : يعتبر ذلك لأنه في حديث عمر الذي روينا ، وقد قال أحمد هو أحسنها ، وذكر في حديث علي : أنه يطلقها ولي زوجها ، والثانية : لا يعتبر ذلك ، كذلك قال ابن عمر وابن عباس وهو القياس فإن ولي الرجل لا ولاية له في طلاق امرأته . ولأننا حكمنا عليها بعدة الوفاة فلا تجب عليها مع ذلك عدة الطلاق كما لو تيقنت وفاته ولأنه قد وجد دليل هلاكه على وجه أباح لها التزويج وأوجب عليها عدة الوفاة ، فأشبه ما لو شهد به شاهدان .

(فصل) وهل يعتبر ابتداء المدة من حين الغيبة أو من حين ضرب الحاكم المدة ؟ على روايتين .

أحداهما : يعتبر ابتداؤها من حين ضربها الحاكم لأنها مدة مختلف فيها فافتقرت الى ضرب الحاكم كمدة الغنة .

والثاني : من حين انقطع خبره وبعد أثره لأن هذا ظاهر في موته فكان ابتداء المدة منه كما لو شهد به شاهدان وللشافعي وجهان كالروايتين .

فصل

فإن قدم زوجها الأول قبل أن تتزوج فهي امرأته ، وقال بعض أصحاب الشافعي : إذا ضربت لها المدة فانقضت بطل نكاح الأول ، والذي ذكرنا أولى . لأننا إنما أبخنا لها التزويج لأن الظاهر موته فإذا بان حيا انخرم ذلك الظاهر وكان النكاح بحاله كما لو شهدت البيعة بموته ثم بان حيا ولأنه أحد المملكين فأشبهه ملك المال ، فأما إن قدم بعد أن تزوجت نظرنا فإن كان قبل دخول الثاني بها فهي زوجة الأول ترد اليه ولا شيء .

قال أحمد : أما قبل الدخول فهي امرأته وإنما النخير بعد الدخول . وهذا قول الحسن وعطاء وخلاس بن عمرو والنخعي وقتادة ومالك واسحاق ، وقال القاضي فيه رواية أخرى أنه يخير . وأخذه من عموم قول أحمد : إذا تزوجت امرأته لجاء خير بين الصداق وبين امرأته ، والصحيح أن عموم كلام أحمد يحمل على خاصة في رواية الأثرم وأنه لا تخيير إلا بعد الدخول فتسكون روضة الأول رواية واحدة لأن النكاح إنما صح في الظاهر دون الباطن فإذا قدم تبينا أن النكاح كان باطلا لأنه صادف امرأة ذات زوج فكان باطلا كما لو شهدت بيته بموته ،

وليس عليه صداق لأنه نكاح فاسد لم يتصل به دخول ، ويعود الزوج بالعقد الاول كما لو لم تتزوج ، وإن قدم بعد دخول الثاني بها خير الاول بين أخذها فتكون زوجته بالعقد الاول وبين أخذ صداقها وتكون زوجة للثاني . وهذا قول مالك لإجماع الصحابة عليه .

فروى معمر عن الزهرى عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا ، إن جاء زوجها الاول خير بين المرأة وبين الصداق الذي ساق ، هو رواه الجوزجاني والاثرم ، وقضى به ابن الزبير في مولاة لهم ، وقال على ذلك في الحديث الذي رواه ، ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعا . فلي هذا إن أمسكها الاول فهي زوجته بالعقد الاول ، والمنصوص عن أحمد أنه لا يحتاج الثاني إلى طلاق لأن نكاحه كان باطلا في الباطن

وقال القاضي : قياس قوله أنه يحتاج إلى طلاق لأن هذا نكاح مختلف في صحته فكان مأمورا بالطلاق ليقطع حكم العقد الثاني كسائر الانكحة الفاسدة . ويجب على الاول اعتزالها حتى تقضى عدتها من الثاني ، وإن لم يخترها الاول فإنها تكون مع الثاني ، ولم يذكرها لها عقداً جديداً ، والصحيح أنه يجب أن يستأنف لها عقداً لانتابتنا بطلان عقده بمجيء الاول ، ويحمل قول الصحابة على هذا لقيام الدليل عليه ، فإن زوجة الانسان لا تصير زوجة لغيره بمجرد تركه لها

وقال أبو الخطاب : القياس أننا إن حكمنا بالفرقة ظاهراً وباطناً فهي امرأة الثاني ولا خيار الاول لأنها بانت منه بفرقة الحاكم فأشبهه ماله فسخ نكاحها لعسرته وإن لم نحكم بفرقة باطناً فهي امرأة الاول ولا خيار له .

(فصل متى اختار الاول تركها فإنه يرجع على الثاني بصداقها لقضاء الصحابة بذلك ولأنه حال بينه وبينها بعقده عليها ودخوله بها ، واختلف عن أحمد فيما يرجع به ، فروى عنه أنه يرجع بالصداق الذي أصدقها هو ، وهو اختيار أبي بكر وقول الحسن والزهرى وقتادة وعلى بن المديني لقضاء على وعثمان أنه يخير بينها وبين الصداق الذي ساق هو ، ولأنه أتلّف عليه المعوض فرجع عليه بالعوض كشهود الطلاق إذا رجعوا عن الشهادة ، فعلى هذا ان كان لم يدفع إليها الصداق لم يرجع بشيء ، وإن كان قد دفع بعضه رجع بما دفع ، ويحتمل أن يرجع عليه

الصداق وترجع المرأة بما بقي عليه من صداقها . وعن أحمد أنه يرجع عليه بالمهر الذي أصدقها الثاني لأن إتلاف البضع من جهته والرجوع عليه بقيمته ، والبضع لا يتقوم إلا على زوج أو من جرى مجراه فيجب الرجوع عليه بالمسمى الثاني دون الأول ، وهل يرجع الزوج الثاني على الزوجة بما أخذ منه ؟ فيه روايتان . ذكر ذلك أبو عبد الله بن حامد .

إحداهما يرجع به لأنها غرامة أزمّت الزوج بسبب وطئه لها فرجع بها كالمغرور والثانية لا يرجع بها ، وهو أظهر لأن الصحابة لم يقضوا بالرجوع ، فإن سعيد ابن المسيب روى أن عمر وعثمان قضيا في المرأة التي لا تدرى ما مهلك زوجها : أن تربص أربع سنين ثم تعتد عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرًا ثم تزوج إن بدا لها ، فإن جاء زوجها خير إما امرأته وإما الصداق ، فإن اختار الصداق فالصداق على زوجها الآخر وثبت عنده ، وإن اختار امرأته تزالت عن زوجها الآخر حتى تنقضي عدتها ، وإن قدم زوجها وقد توفى زوجها الآخر ورثت واعتدت عدة المتوفى عنها وترجع إلى الأول ، رواه الجوزجاني . ولأن المرأة لا تغير منها فلم يرجع عليها بشيء كغيرها .

فإن قلنا يرجع عليها فإن كان قد دفع اليها الصداق رجع به ، وإن كان لم يدفعه اليها دفعه إلى الأول ولم يرجع عليها بشيء ، وإن كان قد دفع بعضه رجع بما دفع . وإن قلنا لا يرجع عليها وكان قد دفع اليها الصداق لم يرجع به ، وإن لم يكن دفعه اليها لزمه دفعه وبدفع إلى الأول صداقا آخرًا .

فصل في

وإن اختارت امرأة المفقود المقام والصبر حتى يتبين أمره فلها النفقة ما دام حيا وينفق عليها من ماله حتى يتبين أمره لأنها محكوم لها بالزوجية فتجب لها النفقة كما لو علمت حياته ، فاذا تبين أنه مات أو فارقها فلها النفقة إلى يوم موته أو بينوتها منه ويرجع عليها بالباقي لانا تبينا أنها أنفقت مال غيره أو أنفقت من ماله وهي غير زوجة له ، وإن رفعت أمرها إلى الحاكم فضرب لها مدة فلها النفقة في مدة التربص ومدة العدة لأن مدة التربص لم يحكم فيها بينوتها من زوجها فهي محبوسة عليه بحكم الزوجية فأشبه ما قبل المدة ، وأما مدة العدة فلأنها غير متيقنة بخلاف

عدة الوفاة فان موته متيقن وما بعد العدة ان تزوجت أو فرق الحاكم بينهما سقطت نفقتها لانها أسقطتها بخروجها عن حكم نكاحه ، وان لم تزوج ولا فرق الحاكم بينهما فنفتها باقية لانها لم تخرج بعد من نكاحه ، وان قدم الزوج بعد ذلك وردت اليه عادت نفقتها من حين الرد .

وقد روى الاثرم والجوزجاني عن ابن عمر وابن عباس قالا : تنتظر امرأة المفقود أربع سنين ، قال ابن عمر : ينفق عليها من مال زوجها ، وقال ابن عباس : اذا يحذف ذلك بالورثة ولكنهما تستدين ، فان جاء زوجها اخذت من ماله وان مات اخذت من نصيبها من الميراث ، وقالا : ينفق عليها بعد في العدة بعد الاربع سنين من مال زوجها اجمعه أربعة أشهر وعشراً . وان قلنا ليس لها ان تزوج لم تسقط نفقتها مالم تزوج فان تزوجت سقطت نفقتها لانها بالتزويج تخرج عن يديه وتصير ناشز أو ان فرق بينهما فلا نفقة لها مادامت في العدة فاذا انقضت فلم تعد الى مسكن زوجها فلا نفقة لها أيضا لانها باقية على النشوز ، وان عادت الى مسكنه احتمل أن تعود النفقة لان النشوز المسقط لنفقتها قد زال ويحتمل ألا تعود لانها ما سلبت نفسها اليه ، وان عاد فتسلمها عادت نفقتها ، ومتى أنفق عليها ثم بان أن الزوج كان قد مات قبل ذلك حسب عليها ما أنفق عليها من حين موته من ميراثها ، فان لم ترث شيئا فهو عليها لانها أنفقت من مال الوارث مالا تستحقه

فأما نفقتها على الزوج الثاني فان قلنا لها أن تزوج فنكاحها صحيح حكمه في النفقة حكم غيره من الانكحة الصحيحة . وان قلنا ليس لها أن تزوج فلا نفقة لها فان أنفق عليها لم يرجع بشيء لانه تطوع به الا أن يجبره على ذلك حاكم فيحتمل أن يرجع بها لانه الزمه أداء مالم يكن واجبا عليه ، ويحتمل ألا يرجع به لان ما حكم به الحاكم لا يجوز نقضه مالم يخالف كتابا أو سنة أو اجماعا ، فان فارقها بتفريق الحاكم أو غيره فلا نفقة لها الا أن تكون حاملا فينبى وجوب النفقة على الروايتين في النفقة هل هي للحمل أو لها من أجله ؟ فان قلنا هي للحمل فلها النفقة لان نسب الحمل لاحق به فيجب عليه الاتفاق على ولده ، وإن قلنا لها من أجله فلا نفقة لها لانه في غير نكاح صحيح فأشبه حمل الموطوءة بشبهة ، وإذا أتت بولد يمكن كونه من الثاني لحقه نسبه لانها صارت فراشا له : وقد علمنا أن

الولد ليس من الاول لانها تربصت بعد فقده أكثر من مدة الحمل وتنقضى عدتها من الثاني بوضعه لأن الولد منه وعليها أن ترضعه اللبأ ، لأن الولد لا يقوم بدنه إلا به فان ردت الى الاول فله منعها من إرضاعه كما له ان يمنعها من رضاع أجنبي ، لان ذلك يشغلها عن حقوقه الا أن يضطر اليها ويخشى عليه التلف فليس له منعها من إرضاعه ، لان هذا حال ضرورة ، فان أرضعته في بيت الزوج الاول لم تسقط نفقتها لانها في قبضته وبده ، وإن أرضعته في غير بيته بغير اذنه فلا نفقة لها لانها ناشز ، وان كان باذنه خرج على الروايتين فيما اذا سافرت لحاجتها باذنه (فصل في ميراثها من الزوجين وتوريثهما منها)

متى مات زوجها الاول أو ماتت قبل تزوجها بالثاني ورثته وورثها ، وكذلك ان تزوجت الثاني فلم يدخل بها لانهما قد تبينا أنه متى قدم قبل الدخول بها ردت اليه بغير تخيير .

وقد ذكرنا أن القاضى ذكر أن فيها رواية أخرى : أنه يخير فيها فعلى هذه الرواية حكمه حكمه حكمه دخل بها الثاني ، فأما ان دخل الثاني بها نظرنا فان قدم الاول فاختارها وردت اليه ورثها وورثته ولم ترث الثاني ولم يرثها لانه لازوجية بينهما وان مات أحدهما قبل اختيارها اما في الغيبة أو بعد قدومه ، فان قلنا لها أن تتزوج ورثت الزوج الثاني وورثها ولم ترث الاول ولم يرثها لان من خير بين شيئين فتعذر أحدهما تعين الآخر ، وان ماتت قبل اختيار الاول خير فان اختارها ورثها وان لم يختارها ورثها الثاني

هذا ظاهر قول أصحابنا ، وأما على ما اختاره فإنها لا ترث الثاني ولا يرثها بحال إلا أن يجدد لها عقداً أو لا يعلم أن الاول كان حياً ومتى علم أن الاول كان حياً ورثها وورثته إلا أن يختار تركها فتبين منه بذلك فلا ترثه ولا يرثها .

وعلى قول أبي الخطاب : إن حكمنا بوقوع الفرقة بتفريق الحاكم ظاهراً وباطناً ورثت الثاني وورثها ولم ترث الاول ولم يرثها ، فأما عدتها منها فمن ورثته اعتدت لوفاته عدة الوفاة ، وإن مات الثاني في موضع لا ترثه فالمنصوص عن أحمد أنها تعتد عدة الوفاة في النكاح الفاسد ، فعلى هذا عليها عدة الوفاة لوفاته وهو اختيار أبي بكر

وقال ابن حامد : لا عدة عليها لوفاته لكن تعدد من وطئه بثلاثة قروء ، فإن ماتا معاً اعتدت لكل واحد منهما وبدأت بعدة الأول فإذا أكملتها اعتدت للآخر وإن مات الأول أولاً فكذلك ، وإن مات الثاني أولاً بدأت بعدته ، فإذا مات الأول انقطعت عدة الثاني ثم ابتدأت عدة الأول ، فإذا أكملتها أتمت عدة الثاني ، وإن علم موت أحدهما وجهل وقت موت الآخر ، أو جهل موتهما فعليها أن تعدد عدتين من حين تيقنت الموت وتبدأ بعدة الأول لأنه أسبق وأولى ، وإن كانت حاملاً فبوضع الحمل تنقضي عدة الثاني لأن الولد منه ثم تبدى بعده بعدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً .

فصل

وإذا تزوجت امرأة المفقود في وقت ليس لها أن تزوج فيه ، مثل أن تزوج قبل مضي المدة التي يباح لها التزويج بعدها أو كانت غيبة زوجها ظاهرها السلامة أو ما أشبه هذا فنكاحها باطل .

وقال القاضي : إن تبين أن زوجها قد مات وانقضت عدتها منه ، أو فارقها وانقضت عدتها ففي صحة نكاحها وجهان :

أحدهما : هو صحيح لأنها ليست في نكاح ولا عدة ، فصح تزويجها ، كما لو علمت ذلك .

والثاني لا يصح لأنها معتقدة تحريم نكاحها وبطلانه ، وأصل هذا من باع عينا في يده يعتقدها لموروثه فإن موروثه ميتا والعين مملوكة له بالإرث هل يصح البيع؟ فيه وجهان كذا ههنا ، ومذهب الشافعي مثل هذا

ولنا أنها تزوجت في مدة منعها الشرع من النكاح فيها فلم يصح كما لو تزوجت المعتدة في عدتها أو المرتابة قبل زوال ريبتها .

(فصل) ويقسم مال المفقود في الوقت الذي توفّر زوجته بعدة الوفاة فيه وبهذا قال قتادة . وقال الشافعي ومالك وأصحاب الرأي وابن المنذر : لا يقسم ماله حتى تعلم وفاته ، لأن الأصل البقاء فلا يزول عنه بالشك ، وإنما صرنا إلى إباحة التزويج لامرأته لإجماع الصحابة ، ولأن بالمرأة حاجة إلى النكاح وضررا في الانتظار فاخص ذلك بها .

ولنا أن من اعتدت زوجته للوفاة قسم ماله كن قامت البينة بموته ، وما أجمع عليه الصحابة يقاس عليه ما كان في معناه ، وتأخير القسمة ضرر بالورثة وتعطيل لمنافع المال وربما تلف أو قلت قيمته فهو في معنى الضرر بتأخير التزويج .

(فصل) وان تصرف الزوج المفقود في زوجته بطلاق أو ظهار أو إيلاء أو قذف صحت تصرفه لأن نكاحه باق ولهذا خير في أخذها وإنما حكمنا بإباحة تزويجها لأن الظاهر موته فلا يبطل في الباطن كما لو شهدت بموته بينة كاذبة .

(فصل) وإذا فقدت الأمة زوجها تربصت أربع سنين ثم اعتدت للوفاة شهرين وخمسة أيام وهذا اختيار أبي بكر . وقال القاضي : تربص نصف تربص الحرة ورواه أبو طالب عن أحمد وهو قول الأوزاعي والليث لأنها مدة مضروبة للمرأة لعدم زوجها فكانت الأمة فيه على النصف من الحرة كالعدة .

ولنا أن الأربع سنين مضروبة لكونها أكثر مدة الحمل ومدة الحمل في الحرة والأمة سواء فاستويا في التربص لها كالنسعة الأشهر في حق من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه ؟ وكالحمل نفسه وبهذا ينتقض قياسهم .

فأما العبد فإن كانت زوجته حرة فتربصها تربص الحرة تحت الحر ، وإن كانت أمة فهي كالامة تحت الحر لأن العدة معتبرة بالنساء دون الرجال ، وكذلك مدة التربص ، وحكى عن الزهري ومالك أنه يضرب له نصف أجل الحر والأولى ما قلناه لأنه تربص مشروع في حق المرأة لفرقة زوجها فأشبهه العدة .

(فصل) فإن غاب رجل عن زوجته فشهد ثقات بوفاة فاعتدت زوجته للوفاة أيح لها أن تتزوج فإن عاد الزوج بعد ذلك فحكمه حكم المفقود بخير زوجها بين أخذها وتركها وله الصداق ، وكذلك ان تظاهرت الاخبار بموته ، وقد روى الأثرم بإسناده عن أبي المليح عن شبيهة أن زوجها صيفي بن فصيل نعى لها من قيذائيل فتزوجت بعده ثم ان زوجها الأول قدم فأتينا عثمان وهو محصور فأشرف علينا فقال : كيف أقضى بينكم وأنا على هذا الحال ؟ فقلنا قد رضينا بقولك فقضى أن يخير الزوج الأول بين الصداق وبين المرأة فرجعنا . فلما قتل عثمان أتينا علياً فخبر الزوج الأول بين الصداق وبين المرأة فاختر الصداق فأخذ مني ألفين ومن

زوجي الآخر ألفين ، فإن حصلت الفرقة بشهادة محصورة ، فما حصل من غرامة فعليهما لأنهما سبب في إيجابها .

وان شهدوا بموت رجل فقسم ماله ثم قدم فما وجد من ماله أخذه وما تلف منه أو تعذر رجوعه فيه فله تضمين الشاهدين لأنهما سبب الاستيلاء عليه وللمالك تضمين المتلف لأنه أتلف ماله بغير إذنه .

(فصل) وإذا نكح رجل امرأة نكاحا متفقا على بطلانه مثل أن ينكح ذات محرمة أو معتدة يعلم حالها وتحريمها فلا حكم لعقده ، والخلوة بها كالخلوة بالأجنبية لا توجب عدة وكذلك الموت عنها لا يوجب عدة الوفاة ، وان وطئها اعتدت لوطنه بثلاثة قروء منذ وطئها سواء فارقها أو مات عنها كما لو زنى بها من غير عقد ، وان نكحها نكاحا مختلفا فيه فهو فاسد فإن مات عنها فنقل جعفر بن محمد أن عليها عدة الوفاة وهذا اختيار أبي بكر .

وقال أبو عبد الله بن حامد ليس عليها عدة الوفاة ، وهو مذهب الشافعي لأنه نكاح لا يثبت الحل فأشبهه الباطل ، فعلى هذا ان كان قبل الدخول فلا عدة عليها وان كان بعده اعتدت بثلاثة قروء ، ووجه الأول أنه نكاح يلحق به النسب فوجب به عدة الوفاة كالنكاح الصحيح وفارق الباطل فإنه لا يلحق به النسب ، وان فارقها في الحياة بعد الإصابة اعتدت بعد فرقة بثلاثة قروء ولا اختلاف فيه وان كان قبل الخلوة فلا عدة عليها بلا خلاف لأن المفارقة في الحياة في النكاح الصحيح لا عدة عليها بلا خلاف ففي الفاسد أولى ، وان كان بعد الخلوة قبل الإصابة فالمنصوص عن أحمد أن عليها العدة لأنه جرى مجرى النكاح الصحيح في الحقوق النسب فكذلك في العدة ، وقال الشافعي لا عدة عليها لوجهين .

أحدهما . أنها خلوة في غير نكاح صحيح أشبهت التي نكاحها باطل .
والثاني . أن الخلوة عنده في النكاح الصحيح لا توجب العدة ففي الفاسد أولى وهذا مقتضى قول ابن حامد .

(فصل في عدة المعتق بعضها) ومتى كانت معتدة بالحمل أو بالقروء فعديتها كعدة الحرة لأن عدة الحامل لا تختلف بالرق والحرية ، وعدة الأمة بالقروء قرءان فادنى ما يكون فيها من الحرية يوجب قرءا ثالثا لأنه لا يتبعض ، وإن

كانت معتدة بالشهور إما للوفاة وإما للإياس أو الصغر فعدتها بالحساب من عدة حرة وأمة فإذا كان نصفها حراً فاعتدت للوفاة فعلية ثلاثاً أشهر وثمان ليال لأن الليل يحسب مع النهار فيكون عليها ثلاثة أرباع ذلك وإن كانت معتدة بالشهور عن الطلاق وقلنا أن عدة الأمة شهر ونصف — كان عدة المعتق نصفه شهرين وربعا وإن قلنا عدة الأمة شهران أو ثلاثة أشهر فعدة المعتق بعضها كعدة الحرة سواء وأم الولد والمديرة والمكاتب عدتهن كعدة الأمة سواء لأنهن إماء .

« مسألة ، قال . وأم الولد إذا مات سيدها فلا تنكح حتى تحيض حيضة كاملة »

هذا المشهور عن أحمد وهو قول ابن عمر ، وروى ذلك عن عثمان وعائشة والحسن والشعبي والقاسم بن محمد وأبي قلابة ومكحول ومالك والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور ، وروى عن أحمد أنها تعد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً ، وهو قول سعيد بن المسيب وأبي عياض وابن سيرين وسعيد بن جبير ومجاهد وخلاس بن عمرو وعمر بن عبد العزيز والزهرى ويزيد بن عبد الملك والأوزاعي وإسحاق لما روى عن عمرو بن العاص أنه قال « لا تفسدوا علينا سنة نبينا (ص) » ، عدة أم الولد إذا توفي عنها سيدها أربعة أشهر وعشر ، رواه أبو داود ولأنها حرة تعدد للوفاة فكانت عدتها أربعة أشهر وعشراً كالزوجة الحرة .

وحكى أبو الخطاب رواية ثالثة تعدد شهرين وخمسة أيام ، ولم اجد هذه الرواية عن أحمد في الجامع ولا أظنها صحيحة عن أحمد ، وروى ذلك عن عطاء وطاوس وقتادة ولأنها حين الموت أمة فكانت عدتها عدة الأمة كالومات رجل عن زوجته الأمة فعدت بعد موته ، ويروى عن علي وابن مسعود وعطاء والنخعي والثوري وأصحاب الرأي : أن عدتها ثلاث حيض لأنها حرة تستبرأ ، فكان استبرأؤها بثلاث حيض كالحررة المطلقة .

ولنا : أنه استبرأ لزوال الملك عن الرقبه فكان حيضة في حق من تحيض كسائر استبراء المعتقات والمملوكات ، ولأنه استبرأ لغير الزوجات والموطآت بشبهة فأشبه ما ذكرنا .

قال القاسم بن محمد « سبحان الله يقول الله تعالى في كتابه (والذين يتوفون

منكم وينذرون أزواجاً) ما هن بأزواج ، فأما حديث عمرو بن العاص فضعيف ، قال ابن المنذر ضعف أحمد وأبو عبيد حديث عمرو بن العاص .

وقال محمد بن موسى : سألت أبا عبد الله عن حديث عمرو بن العاص ؟ فقال لا يصح ، وقال الميموني رأيت أبا عبد الله يعجب من حديث عمرو بن العاص هذا ثم قال : أين سنة النبي صلى الله عليه وسلم في هذا ؟ وقال أربعة أشهر وعشر إنما هي عدة الحرة من النكاح وإنما هذه أمة خرجت من الرق إلى الحرية . ويلزم من قال بهذا أن يرثها ، وليس لقول من قال تعتد بثلاث حيض وجه ، وإنما تعتد بذلك المطلقة وليست هذه مطلقة ولا في معنى المطلقة .

وأما قياسهم إياها على الزوجات فلا يصح فإن هذه ليست زوجة ولا في حكم الزوجة ولا مطلقة ولا في حكم المطلقة .

(فصل) ولا يكفي في الاستبراء طهر واحد ولا بعض حيضة وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال بعض أصحاب مالك متى طعنت في الحيضة فقد تم استبراؤها وزعم أنه مذهب مالك .

وقال الشافعي في أحد قوليه يكفي طهر واحد إذا كان كاملاً وهو أن يموت في حيضها فإذا رأت الدم من الحيضة الثانية حلت وتم استبراؤها وهكذا الخلاف في الاستبراء كله وبنوا هذا على أن القروء الاطهار وهذا قول النبي (ص) لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة .

وقال رويغ بن ثابت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يوم خيبر « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يطأ جارية من النساء حتى يستبرأ بحيضه » رواه الأثرم ، وهذا صريح فلا يعول على ما خالفه ، ولأن الواجب استبراء والذي يدل على البراءة هو الحيض فإن الحامل لا تحيض .

فأما الطهر فلا دلالة فيه على البراءة فلا يجوز أن يعول في الاستبراء على ما لا دلالة عليه دون ما يدل عليه ، وبنائهم قولهم هذا على قولهم إن القروء الاطهار بناء للخلاف على الخلاف وليس ذلك بحجة ، ثم لم يمكنهم بناء هذا على ذلك حتى خالفوه فجعلوا الطهر الذي طلقها فيه قرماً ولم يجعلوا الطهر الذي مات فيه سيد أم الولد قرماً وخالفوا الحديث والمعنى .

فإن قالوا : ان بعض الحيضة المقرب بالطهر يدل على البراءة ، قلنا : فيكون الاعتماد حينئذ على بعض الحيضة وليس ذلك قرأاً عند أحد ، فإذا تقرر هذا فإن مات عنها وهي طاهر فإذا طهرت من الحيضة المستقبلية حلت ، وإن كانت حائضاً لم تعد ببقية تلك الحيضة ولكن متى طهرت من الحيضة الثانية حلت لأن استبراء هذه بحيضة فلا بد من حيضة كاملة .

مسألة ، قال (وإن كانت آيسا فثلاثة أشهر)

وهذا المشهور عن أحمد أيضاً . وهو قول الحسن وابن سيرين والنخعي وابن قلابة وأحد قولي الشافعي ، وسأل عمر بن عبد العزيز أهل المدينة والقوابل فقالوا : لا تستبرأ الحبل في أقل من ثلاثة أشهر ، فأعجبه قولهم ، وعن أحمد رواية أخرى أنها تستبرأ بشهر وهو قول ثان للشافعي ، لأن الشهر قائم مقام القرء في حق الحرية والامة المطلقة فكذلك في الاستبراء .

وذكر القاضي رواية ثالثة أنها تستبرأ بشهرين كعدة الامة المطلقة ، ولم أر لذلك وجهاً ، ولو كانت استبراؤها بشهرين لكان استبراء ذات القرء بقرأين ولم نعلم به قائلاً ، وقال سعيد بن المسيب وعطاء والضحاك والحكم في الامة التي لا تحيض تستبرأ بشهر ونصف ، ورواه حنبل عن أحمد ، فانه قال : قال عطاء ان كانت لا تحيض فخمس وأربعون ليلة ، قال عبيد : كذلك أذهب ، لأن عدة الامة المطلقة آيسه كذلك والمشهور عن أحمد الاول .

قال أحمد بن القاسم . قلت : لا ينبغي عبد الله كيف جعلت ثلاثة أشهر مكان حيضة وإنما جعل الله في القرآن مكان كل حيضة شهراً ؟ فقال : إنما قلنا بثلاثة أشهر من أجل الحمل فانه لا يتبين في أقل من ذلك فإن عمر بن عبد العزيز سأل عن ذلك وجمع أهل العلم والقوابل فأخبروه ان الحمل لا يتبين في أقل من ثلاثة أشهر فأعجبه ذلك . ثم قال : ألا تسمع قول ابن مسعود ان النطفة أربعين يوماً ثم علقه أربعين يوماً ثم مضغة بعد ذلك ، .

قال أبو عبد الله . فإذا خرجت الثمانون صار بعدها مضغه وهي لحم فتبين حينئذ وقال لي هذا معروف عند النساء ، فأما شهر فلا معنى فيه ولا نعلم به قائلاً ،

ووجه استبرائه بشهر : أن الله تعالى جعل الشهر مكان الحيضة ، ولذلك اختلفت الشهور باختلاف الحيضات ، فكانت عدة الحرة الآيسة ثلاثة أشهر مكان ثلاثة قروء ، وعدة الأمة شهرين مكان قرأين ، وللأمة المستبرأة التي ارتفع حيضها عشرة أشهر ، تسعة للحمل وشهر مكان الحيضة ، فيجب أن يكون مكان الحيضة ههنا شهر كما في حق من ارتفع حيضها .

فان قيل : فقد وجد ثم ما دل على البراءة وهو تربص تسعة أشهر . قلنا : وههنا ما يدل على البراءة وهو الاياس فاستويا .

« مسألة ، قال (وإن ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه اعتدت بتسعة أشهر للحمل وشهر مكان الحيضة) .

وفي هذه المسألة أيضا روايتان . إحداهما : أنها تستبرأ بعشرة أشهر . والثانية بسنة ، تسعة أشهر للحمل لأنها غالب مدته وثلاثة أشهر مكان الثلاثة التي تستبرأ بها الأيسات ، وقد ذكرنا الروائتين في الآيسة ، وذكرنا أن المختار عن أحمد استبراؤها بثلاثة أشهر وههنا جعل مكان الحيضة شهرا لان اعتبار تكرارها في الآيسة لتعلم براءتها من الحمل ، وقد علم براءتها منه ههنا بمضى غالب مدته فجعل الشهر مكان الحيضة على وفق القياس .

(فصل) وإن علمت ما رفع الحيض لم تزل في الاستبراء حتى يعود الحيض فتستبرىء نفسها بحيضة إلا أن نصير آيسة فتستبرىء نفسها استبراء الأيسات ، وإن ارتابت بنفسها فهي كالحرة المستبرية ، وقد ذكرنا حكمها فيما مضى من هذا الباب والله تعالى أعلم

« مسألة ، قال (وإن كانت حاملا لم حتى تضع)

وهذه بحمد الله لا خلاف فيها ، فان الله تعالى قال (وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا توطأ حامل حتى تضع ، ولأن عدة الحرة والأمة والمتوفى عنها والمطلقة ، واستبراء كل أمة اذا كانت حاملا بوضع حملها ، وذلك لأن المقصود من العدة والاستبراء معرفة براءة الرحم من الحمل ، وهذا يحصل بوضعه ، ومتى كانت حاملا باثنتين أو أكثر فلا ينقضى استبراؤها حتى تضع آخر حملها على ما ذكرناه في المعتدة .

(فصل) وإذا زوج أم ولده ثم مات عتقت ولم يلزمها استبراء لأنها محرمة على المولى وليست له فراشا ، وإنما هي فراش للزوج فلم يلزمها الاستبراء ممن ليست له فراشا ، ولأنه لم يزوجها حتى استبرأها فإنه لا يحل له تزويجها قبل استبرائها ، فإن طلقها الزوج قبل دخوله بها فلا عدة عليها أيضا ، وإن طلقها بعد المسيس أو مات عنها قبل ذلك أو بعده فعليها عدة حرة كاملة ، لأنها قد صارت حرة في حال وجوب العدة عليها

وإن مات سيدها وهي في عدة الزوج عتقت ولم يلزمها استبراء لما ذكرناه ، ولأنه زال فراشه عنها قبل موته فلم يلزمها استبراء من أجله كغير أم الولد إذا باعها ثم مات ، وتبني على عدة أمة إن كان طلاقها بائنا أو كانت متوفى عنها ، وإن كانت رجعية بنت على عدة حرة على ما مضى ، وإن بائت من الزوج قبل الدخول بطلاق أو بائت بموت زوجها أو طلاقه بعد الدخول فقضت عدته ثم مات سيدها فعليها الاستبراء لأنها عادت إلى فراشه .

وقال أبو بكر : لا يلزمها استبراء إلا أن يردها السيد إلى نفسه لأن فراشه قد زال بتزويجها ولم يتجدد لها ما يردها إليه فأشبهت الأمة غير الموطوءة

(فصل) فإن مات زوجها وسيدها ولم تعلم أيهما مات أولا فعلى قول أبي بكر ليس عليها استبراء لأن فراش سيدها قد زال عنها ولم تعد إليه وعليها أن تعتد لوفاة زوجها عدة الحرائر ، ولأنه يحتمل أن سيدها مات أولا ثم مات زوجها وهي حرة فلزمها عدة الحرة لتخرج من العدة بيقين ، وعلى القول الآخر إن كان بين موتها شهران وخمسة أيام فما دون فليس عليها استبراء ، لأن السيد إن كان مات أولا فقد مات وهي زوجته ، وإن كان مات آخرأ فقد مات وهي معتدة وليس عليها استبراء في هاتين الحالتين وعليها أن تعتد بعد موت الآخر منهما عدة الحرة لما ذكرناه . وإن كان بين موتها أكثر من ذلك فعليها بعد موت الآخر منهما أطول الاجلين من أربعة أشهر وعشر واستبراء بحيضة لأنه يحتمل أن يكون السيد مات أولا فيكون عليها عدة الحرة من الوفاة : ويحتمل أنه مات آخرأ بعد انقضاء عدتها من الزوج وعودها إلى فراشه فلزمها الاستبراء بحيضة فوجب الجمع بينهما ليسقط الفرض بيقين .

قال ابن عبد البر : وعلى هذا جميع الفائلين من العلماء بأن عدة الامة من سيدها بحیضة ومن زوجها شهران وخمس ليال ، فان جهل ما بين موتها فالحكم فيه كما لو علمنا أن بينهما شهرين وخمس ليال احتياطاً لإسقاط الفرض بيقين كما أخذنا بالاحتياط في الإيجاب بين عدة حرة وحيضة ، فيما اذا علمنا أن بينهما شهرين وخمس ليال . وقول أصحاب الشافعي في هذا القول مثل قولنا . وكذلك قول أبي حنيفة وأصحابه ، الا أنهم جعلوا مكان الحيضة ثلاث حيضات بناء على أصلهم في استبراء أم الولد .

وقال ابن المنذر : حكمها حكم الإمام وعليها شهران وخمسة أيام ولا أنقلها الى حكم الحرائر الا باحاطة أن الزوج مات بعد المولى . وقيل ان هذا قول أبي بكر عبد العزيز أيضا ، والذي ذكرناه أحوط

فاما الميراث فانها لا ترث من زوجها شيئاً لان الأصل الرق ، والحرية مشكوك فيها فلم ترث مع الشك : والفرق بين الإرث والعدة أن إيجاب العدة عليها استظهار لا ضرر فيه على غيرها وإيجاب الإرث إسقاط لحق غيرها ، ولان الأصل تحريم النكاح عليها فلا يزول الا بيقين ، والأصل عدم الميراث لها فلا ترث الا بيقين . فإن قيل : أفليس المفقود اذا ماتت زوجته وقف ميراثه منها مع الشك في إرثه ؟ قلنا الفرق بينهما أن الأصل ههنا الرق والشك في زواله وحدوث الحال التي يرث فيها والمفقود الأصل حياته والشك في موته وخروجه عن كونه وارثاً فافترقا .

مسألة ، قال (وان اعتق أم ولده أو أمة كان يصيبها لم تنكح حتى تحيض حيضة كاملة ، وكذلك ان أراد أن يزوجها وهي في ملكه استبرأها بحیضة ثم زوجها)

لا يختلف المذهب في أن الاستبراء ههنا بحیضة في ذات القروء ، وهو قول الشافعي ، وهو قول الزهري والثوري فيمن أراد تزويج أمة كان يصيبها ، وقال أصحاب الرأي : ليس عليها استبراء لان له بيعها فكان له تزويجها كالتى لا يصيبها وقال عطاء وقتادة : عدتها حيضتان كعدة الامة المطلقة

ولنا أنها فراش لسيدها فلم يحز أن تنتقل الى فراش غيره بغير استبراء كما لو مات

عنها، ولأن هذه موطوءة وطناً له حرمة فلم يحز أن يتزوج قبل الاستبراء كالوطوءة بشبهة، وهذا لأنه إذا وطئها سيدها اليوم ثم زوجها فوطئها الزوج في آخر اليوم أفضى إلى اختلاط المياه وامتزاج الأنساب، وهذا لا يحل؛ ويخالف البيع فإنها لا تصير به فراشاً ولا يحل لمشتريها وطؤها حتى يستبرئها فلا يفضى إلى اختلاط المياه. ولهذا يصح في المعتدة والمزوجة بخلاف التزويج

(فصل)

فإن لم تكن من ذوات القروء فاستبرأؤها بما ذكرنا في أم الولد على ما شرحنا ومفهوم كلام الحرقى أنها إذا كانت أمة لا يطؤها سيدها : لم يلزمها استبراء لأنها ليست فراشاً لسيدها فلم يلزمها الاستبراء كالزوجة والمعتدة، ولأن تركها للاستبراء لا يفضى إلى اختلاط المياه وامتزاج الأنساب بخلاف الموطوءة.

(فصل) وإن مات عن أمة كان يصيبها فاستبرأؤها بما ذكرنا في أم الولد لأنها فراش لسيدها فأشبهت أم الولد، إلا أنها إذا كانت من ذوات القروء فاستبرأؤها بحیضة واحدة رواية واحدة لأنها لا تصير حرة.

(فصل) وإن أعتق أم ولده أو أمته التي كان يصيبها أو غيرها ممن تحل له إصابتها فله أن يتزوجها في الحال من غير استبراء، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وتزوجها وجعل عتقها صداقها،

قال النبي صلى الله عليه وسلم : ثلاثة يوفون أجرهم مرتين : رجل كانت له أمة فادبها فأحسن تأديبها وعلّمها فأحسن تعليمها، ثم أعتقها وتزوجها، ولم يذكر الاستبراء، ولأن الاستبراء لصيانة مائه وحفظه عن الاختلاط بماء غيره، ولا يمان ماؤه عن مائه، ولهذا كان له أن يتزوج مختلعه في عتقها.

وقد روى عن أحمد في الإمة التي لا يطؤها إذا أعتقها : لا يتزوجها بغير استبراء، لأنه لو باعها لم تحل للمشتري بغير استبراء. والصحيح أنه يحل له ذلك لأنه يحل له وطؤها بملك اليمين فكذلك بالنكاح كالتى كان يصيبها، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وتزوجها ولم يتقل أنه كان أصابها والحديث الآخر يدل على حلها له بظاهره لدخولها في العموم، ولأنها تحل لمن تزوجها سواء فله أولى. ولأنه لو استبرأها ثم أعتقها وتزوجها في الحال كان جائزاً حسناً، فكذلك هذه

فإنه تارك لو طأها ، ولأن وجوب الاستبراء في حق غيره إنما كان لصيانة مائه عن الاختلاط بغيره ، ولا يوجد ذلك ههنا ، وكلام أحمد محمول على من اشترىها ثم تزوجها قبل أن يستبرئها .

(فصل) وان اشترى أمة فأعتقها قبل استبرائها لم يحز أن يتزوجها حتى يستبرئها . وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب الرأي له ذلك . ويحكي أن الرشيد اشترى جارية فتأقت نفسه إلى جماعها قبل استبرائها فأمره أبو يوسف أن يعتقها ويتزوجها ويطأها

قال أبو عبد الله : وبلغني أن المهدي اشترى جارية فأعجبته فقبل له أعتقها وتزوجها . قال أبو عبد الله سبحانه الله ما أعظم هذا : أبطلوا الكتاب والسنة جعل الله على الحرائر العدة من أجل الحمل ، فليس من امرأة تطلق أو يموت زوجها إلا تعتد من أجل الحمل ، وسن رسول الله صلى الله عليه وسلم استبراء الأمة بحيضة من أجل الحمل ففرج يوطأ يشتره ثم يعتقها على المكان فيتزوجها فيطؤها . يطؤها رجل اليوم ويطؤها الآخر غدا ، فإن كانت حاملا كيف يصنع ؟ هذا نقض الكتاب والسنة . قال النبي صلى الله عليه وسلم : لا توطأ الحامل حتى تضع ولا غير الحامل حتى تحيض ، وهذا لا بدري أمي حامل أم لا ؟ ما أسمع هذا ؟ قيل له : ان قوما يقولون هذا . فقال : قبح الله هذا وقبح من يقوله . وفيما نبه عليه أبو عبد الله من الأحاديث كفاية مع ما ذكرنا فيما قبل هذا الفصل .

إذا ثبت هذا فليس له تزويجها لغيره قبل استبرائها إذا لم يعتقها لأنها ممن يجب استبرؤها فلم يحز أن يتزوج كالمعتدة ، وسواء في ذلك المشتراة من رجل يطؤها أو من رجل قد استبرأها ولم يطأها أو ممن لا يمكنه الوطء كالصبي والمرأة والمجبوب وقال الشافعي : إذا اشترىها ممن لا يطؤها فله تزويجها سواء أعتقها أو لم يعتقها وله أن يتزوجها إذا أعتقها لأنها ليست فراشا وقد كان أسيدها تزويجها قبل بيعها فجاز ذلك بعد بيعها . ولأنها لو عتقت على البائع باعتاقه أو غيره لجاز لكل أحد نكاحها فكذلك إذا أعتقها المشتري .

ولنا عموم قوله عليه السلام : لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة ، ولأنها

أمة يحرم عليه وطؤها قبل استبرائها فحرم عليه تزويجها والتزوج بها كما لو كان بائعها يطؤها . فاما إن أعتقها في هذه الصورة فله تزويجها لغيره لأنها حرة لم تكن فراشا فأبيع لها النكاح كما لو أعتقها البائع ، وفارق الموطوءة فإنها فراش يجب عليها استبراء نفسها إذا عتقت فحرم عليها النكاح كالمعتدة . وفارق ما إذا أراد سيدها نكاحها فإنه لم يكن له وطؤها بملك اليمين فلم يكن له أن يتزوجها كالمعتدة ، ولأن هذا يتخذ حيلة على إبطال الاستبراء فمنع منه بخلاف تزويجها لغيره

(فصل) وإذا كانت أمة يطؤها فاستبرأها ثم أعتقها لم يلزمها استبراء لأنها خرجت عن كونها فراشا باستبرائها لها ، وإن باعها فأعتقها المشتري قبل وطئها لم تحتج الى استبراء لذلك ، وإن باعها قبل استبرائها فأعتقها المشتري قبل وطئها واستبرائها فعليها استبراء نفسها ، وإن مضى بعض الاستبراء في ملك المشتري لزمها إتمامه بعد عتقها ولا ينقطع بانتقال الملك فيها ، لأنها لم تقصر فراشا للمشتري ولم يلزمها استبراء بإعتاقه .

(فصل) وإذا كانت الأمة بين شريكين فوطئها لزمها استبراءان . وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يلزمها استبراء واحد لأن القصد معرفة براءة الرحم ولذلك لا يجب الاستبراء بأكثر من حيضة واحدة وبراءة الرحم تعلم باستبراء واحد ولذا : أنها حقان مقصودان لادميين ولم يتداخلا كالعنتين ولأنها استبراءان من رجلين فأشبهتا العنتين . وما ذكروه يبطل بالعنتين من رجلين .

« مسألة » قال (ومن ملك أمة لم يصبا ولم يقبلها حتى يستبرئها بعد تمام ملكها لها بحيضة) إن كانت عن تحيض أو بوضع الحمل إن كانت حاملا أو بمضي ثلاثة أشهر إن كانت من الإيسات أو من اللاتي لم يحضن)

(١) قد يقال . ما الحكمة في جعل استبراء الأمة بحيضة ، واستبراء الحرة بثلاثة قروء ، مع أن معرفة براءة الرحم في الأمة يحتاج الى المدة التي يحتاج اليها في براءة رحم الحرة لأنها سواء في تكوين باطنهما ؟

والجواب أن تقصير مدة الأمة فيه رحمة بها ، وذلك أنها أسيرة حرب وتوجد عند سيد جديد وأسرة جديدة ، فأراد الاسلام أن يعجل لها أسباب الراحة والهناء فأباح للسيد الجديد مخالطتها بعد حيضة واحدة وقد تأن الحيضة بعد يوم أو أيام .

وجملته : أن من ملك أمة بسبب من أسباب الملك كالبيع والهبة والإرث وغير ذلك لم يحل له وطؤها حتى يستبرأ بها بكراً كانت أو ثيباً صغيرة كانت أو كبيرة من تحمل أو من لا تحمل . وبهذا قال الحسن وابن سيرين وأكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي .

وقال ابن عمر لا يجب استبراء البكر وهو قول داود لأن الغرض بالاستبراء معرفة برأتها من الحمل وهذا معلوم في البكر فلا حاجة إلى الاستبراء . وقال الليث إن كانت من لا يحمل مثلها لم يجب استبرأؤها لذلك . وقال عثمان البتي : يجب الاستبراء على البائع دون المشتري لأنه لو زوجها لكان الاستبراء على المزوج دون الزوج كذلك ههنا .

ولنا ما روى أبو سعيد أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عام أوطاس أن توطأ حامل حتى تضع ولا غير حامل حتى تحيض ، رواه أحمد في المسند ، وعن رويغ بن ثابت قال : إني لا أقول إلا ما سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعته يقول لا يحل لامرأة يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرأ بها بحيضة ، رواه أبو داود .

وفي لفظ قال سمعت رسول الله (ص) يوم خير يقول : من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي مائه زرع غيره ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يطأ جارية من السبي حتى يستبرأ بها بحيضة ، رواه الأثرم ، ولأنه ملك جارية محرمة عليه فلم تحل له قبل استبرائها كالثيب التي تحمل ولأنه سبب موجب للاستبراء فلم يفترق الحال فيه بين البكر والثيب والتي تحمل والتي لا تحمل كالعدة .

قال أبو عبد الله : قد بلغني أن الغدراء تحمل ، فقال له بعض أهل المجلس نعم قد كان في جيراننا ، وذكر ذلك بعض أصحاب الشافعي وما ذكروه يبطل بما إذا اشتراها من امرأة أو صبى أو من تحرم عليه برضاع أو غيره وما ذكره البتي لا يصح لأن الملك قد يكرن بالسبي والإرث والوصية فلو لم يستبرأ بها المشتري أفضى إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب .

والفرق بين البيع والتزويج أن النكاح لا يراد إلا للاستمتاع فلا يجوز إلا فيمن تحل له فوجب أن يتقدمه الاستبراء ولهذا لا يصح تزويج معتدة ولا مرتدة

ولا بجوسية ولا وثنية ولا محرمة بالرضاع ولا المصاهرة ، والبيع يراد لغير ذلك
فصح قبل الاستبراء ولهذا صح في هذه المحرمات ووجب الاستبراء على المشتري
لما ذكرناه ، فأما الصغيرة التي لا يوطأ مثلها فظاهر كلام الحرقى تحريم قبلتها
ومباشرتها لشهوة قبل استبرائها . وهو ظاهر كلام أحمد

وفي أكثر الروايات عنه قال تستبرأ وإن كانت في المهد ، وروى عنه أنه قال
إن كانت صغيرة بأي شيء تستبرأ إذا كانت رضيعاً ؟ وقال في رواية أخرى تستبرأ
بحيضة إذا كانت ممن تحيض والا بثلاثة أشهر إن كانت ممن توطأ وتحبل فظاهر
هذا أنه لا يجب استبرأؤها ولا تحرم مباشرتها .

وهذا اختيار ابن أبي موسى وقول مالك وهو الصحيح ، لأن سبب الإباحة
متحقق ، وليس على تحريمها دليل فانه لا نص فيه ولا معنى نص لأن تحريم مباشرة
الكبيرة إنما كان لكونه داعياً إلى الوطء المحرم أو خشية أن تكون أم ولد لغيره
ولا يتوهم هذا في هذه فوجب العمل بمقتضى الإباحة .

فأما من يمكن وطؤها فلا تحل قبلتها ولا الاستمتاع منها بما دون الفرج قبل
الاستبراء إلا المسبية على إحدى الروايتين . وقال الحسن لا يحرم من المشتراة إلا
فرجها وله أن يستمتع منها بما شاء ما لم يمس لأن النبي (ص) إنما نهى عن الوطء
ولأنه تحريم للوطء مع ثبوت المالك فاختص بالفرج كالحيض .

ولنا أنه استبراء يحرم الوطء فحرم الاستمتاع كالعدة ولأنه لا يأمن من كونها
حاملًا من بائعها فتكون أم ولد والبيع باطلا فيكون مستمتعاً بأم ولد غيره ،
وبهذا فارق تحريم الوطء للحيض .

فأما المسبية فظاهر كلام الحرقى تحريم مباشرتها فيما دون الفرج لشهوة وهو
الظاهر عن أحمد لأن كل استبراء حرم الوطء حرم دواعيه كالعدة ولأنه داعية
إلى الوطء المحرم لأجل اختلاط المياه واشتباه الانساب ، فأشبهت المبيعة ، وروى
عن أحمد أنه لا يحرم لما روى عن ابن عمر أنه قال : وقع في سهمي يوم جلولا
جارية كان عنقها أبريق فضة فما ملكت نفسي أن أقت إليها فقبلتها والناس ينظرون ،
ولأنه لا نص في المسبية ولا يصح قياسها على المبيعة لأنها تحتمل أن تكون

أم ولد للبائع ، فيكون مستمتعا بأم ولد غيره ومباشراً للمملوكة غيره ، والمسببة مملوكة له على كل حال وإنما حرم وطؤها لئلا يسقى ماءه زرع غيره .

وقول الخرقى بعد تمام ملكه لها يعنى أن الاستبراء لا يكون إلا بعد ملك المشتري لجميعها ولو ملك بعضها ثم ملك باقيها لم يحسب الاستبراء إلا من حين ملك باقيها ، وإن ملكها يبيع فيه الخيار انبنى على نقل الملك في مدته ، فإن قلنا . ينتقل فابتداء الاستبراء من حين البيع .

وإن قلنا : لا ينتقل فابتدأؤه من حين انقطع الخيار ، وإن كان المبيع معيباً فابتداء الخيار من حين البيع لأن العيب لا يمنع نقل الملك بغير خلاف ، وهل يبدأ الاستبراء من حين البيع قبل القبض أو من حين القبض ؟ فيه وجهان .
أحدهما : من حين البيع لأن الملك ينتقل به .

والثاني : من حين القبض لأن القصد معرفة برأتها من ماء البائع ، ولا يحصل ذلك مع كونها في يده ، وإن اشترى عبده التاجر أمة فاستبرأها ثم صارت إلى السيد حلت له بغير استبراء لأن ملكه ثابت على مافي يد عبده فقد حصل استبرأؤها في ملكه ، وإن اشترى مكاتبه أمة فاستبرأها ثم صارت إلى سيده فعليه استبرأؤها لأن ملكه تجدد عليها إذ ليس للسيد ملك على مافي يد مكاتبه إلا أن نكون الجارية من ذوات محارم المكاتب فقال أصحابنا تباح للسيد بغير استبراء ، لأنه يصير حكمها حكم المكاتب إن رق رقت ، وإن عتق عتقت والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، والاستبراء الواجب ههنا في حق الحامل بوضعه بلا خلاف ، وفي ذات القروء بحيضة في قول أكثر أهل العلم .

وقال سعيد بن المسيب وعطاء بحيضتين وهو مخالف للحديث الذي روينا والمعنى ، فإن المقصود معرفة برأتها من الحمل وهو حاصل بحيضة ، وفي الآية وإن لم تحض وإن ارتفع حيضها بما ذكرناه في أم الولد على ماضى من الخلاف فيه (فصل) ومن ملك بجوسية أو وثنية فأسلمت قبل استبرائها لم تحل له حتى يستبرئها أو تتم ما بقي من استبرائها لما مضى ، وإن استبرأها ثم أسلمت حلت له بغير استبرائها ، وقال الشافعي لا تحل له حتى تجدد استبراءها بعد إسلامها لأن ملكه تجدد على استمتاعها فأشبهت من تجدد ملكه على رقبتها .

ولنا قوله عليه السلام ، لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة ، وهذا ورد في سبأيا أو طاس وكن مشركات ولم يأمر في حقهن بأكثر من حيضة ولأنه لم يتجدد ملكه عليها ولا أصابها وطء من غيره فلم يلزمه استبراؤها كما لو حلت المحرمة ولأن الاستبراء إنما وجب كيلا يفضى إلى اختلاط المياه وامتزاج الانساب ومظنة ذلك تجدد الملك على رقبته ولم يوجد ، ولو باع أمته ثم ردت عليه بفسخ أو إقالة بعد قبضها أو افتراقهما لزمه استبراؤها لأنه تجديد ملك سواها كان المشتري لها امرأة أو غيرها ، فإن كان ذلك قبل افتراقهما أو قبل غيبة المشتري بالجارية ففيها روايتان . إحداهما : عليه الاستبراء ، وهو مذهب الشافعي لأنه تجديد ملك ، والثانية : ليس عليه استبراء ، وهو قول أبي حنيفة إذا تقايلا قبل القبض لأنه لا فائدة في الاستبراء مع تعيين البراءة .

(فصل)

وإذا زوج الرجل أمته فطلقها الزوج لم يلزم السيد استبراؤها ولكن إن طلقت بعد الدخول أو مات عنها فعليها العدة ولو ارتدت أمته أو كاتبها ثم أسلمت المرتدة وعجزت المكاتبة حلت لسيدها بغير استبراء ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : يجب عليه الاستبراء في هذا كله لأنه زال ملكه عن استمتاعها ثم عاد فأشبهت المشتراة .

ولنا : أنه لم يتجدد ملكه عليها فأشبهت المحرمة إذا حلت والمرهونة إذا فكت فإنه لا خلاف في حلها بغير استبراء ولأن الاستبراء شرع لمعنى مظنته تجدد الملك فلا يشرع مع تخلف المظنة والمعنى .

(فصل) وإن اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج قبل الدخول لم تبح بغير استبراء نص عليه أحمد ، وقال : هذه حيلة وضعها أهل الرأي لا بد من استبراء . ووجه ذلك أن هذه تجدد الملك فيها ولم يحصل استبراؤها في ملكه فلم تحل بغير استبراء كما لو لم تكن مزوجة ولأن إسقاط الاستبراء ههنا ذريعة إلى إسقاطه في حق من أراد إسقاطه بأن يزوجه عند بيعها ثم يطلقها زوجها بعد تمام البيع والحيل حرام ، فاما إن كان الزوج دخل بها ثم طلقها فعليها العدة ولا يلزم المشتري استبراؤها لأن ذلك قد حصل بالعدة ولأنها لو عتقت لم يجب عليها مع العدة

استبراء ولائها قد استبرأت نفسها من كانت فراشا له فأجزأ ذلك كما لو كانت استبرأت نفسها من سيدها إذا كانت خالية من زوج ، وإن اشتراها وهي معتدة من زوجها لم يجب عليها استبراء لأنها لم تكن فراشا لسيدها وقد حصل الاستبراء من الزوج بالعدة ولذلك لو عتقت في هذه الحال لم يجب عليها استبراء ، وقال أبو الخطاب في المروجة هل يدخل الاستبراء في العدة ؟ على وجهين .

وقال القاضي في معتدة : يلزم السيد استبراؤها بعد قضاء العدة ولا يتداخلان لأنهما من رجلين ، ومفهوم كلام أحمد ما ذكرناه أولا لأنه علل فيها قبل الدخول بأنها حيلة وضعها أهل الرأي ولا يوجد ذلك ههنا ، ولا يصح قولهم إن الاستبراء من رجلين فإن السيد ههنا ليس له استبراء .

(فصل)

وإن كانت الأمة لرجلين فوطئها ثم باعها لرجل أجزأه استبراء واحد لأنه يحصل به معرفة البراءة ، فإن قبل فلو أعتقها لألزمتموها استبرائين : قلنا وجوب الاستبراء في حق المعتقة معلل بالوطء ولذلك لو أعتقها وهي ممن لا يطؤها لم يلزمها استبراء وقد وجد الوطء من اثنين فلزمها حكم وطئهما ، وفي مسألتنا هو معلل بتجديد الملك لا غير ولهذا يجب على المشتري الاستبراء سواء كان سيدها يطؤها أو لم يكن والملك واحد فوجب أن يتجدد الاستبراء .

(فصل) وإذا اشترى الرجل زوجته الأمة لم يلزمه استبراؤها لأنها فراش له فلم يلزمه استبراؤها من مائه لكن يستحب ذلك ليعلم هل الولد من النكاح فيكون عليه ولاء له لأنه عتق بملكه له ولا تصير به الأمة أم ولد : أو هو حادث في ملك يمينه فلا يكون عليه ولاء وتصير به الأمة أم ولد ، ومتى تبين حملها فله وطؤها لأنه قد علم الحمل وزال الاشتباه .

(فصل) وإن وطئ الجارية التي يلزمه استبراؤها قبل استبرائها أثم والاستبراء باق بحاله لأنه حق عليه فلا يسقط بعدوانه ، فإن لم تعلق منه استبرائها بما كان يستبرئها به قبل الوطء وتبين على ما مضى من الاستبراء وإن علقته منه فمتى وضعت حملها استبرأها بحيضة ولا يحل له الاستمتاع منها في حال حملها لأنه لم يستبرئها ، وإن وطئها وهي حامل حملا كان موجوداً حين البيع من غير البائع

فتى وضعت حملها انقضى استبراؤها . قال أحمد : ولا يلحق بالمشتري ولا يتبعه ، ولكن يعتقه لأنه قد شرك فيه لأن الماء يزيد في الولد .

وقد روى أبو داود بإسناده عن أبي الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه مر بامرأة مجح^(١) على باب فسطاط فقال : لعله يريد أن يلم بها ، فقالوا نعم . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لقد هممت أن ألعنه لعنأ يدخل معه قبره ، كيف يورثه وهو لا يحل له . أو كيف يستخدمه وهو لا يحل له ، ومعناه أنه إن استلحقه وشركه في ميراثه لم يحل له لأنه ليس بولده ، وإن اتخذه مملوكا لم يحل له لأنه قد شرك فيه لكون الوطء يزيد في الولد .

وعن ابن عباس قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن وطء الحبالى حتى يضعن ما في بطونهن ، رواه النسائي والترمذي

(فصل) ومن أراد بيع أمته فإن كان لا يطؤها لم يلزمه استبراؤها لكن يستحب ذلك ليعلم خلوها من الحمل فيكون أحوط للمشتري وأقطع للنزاع ، قال أحمد : وإن كانت لامرأة فإني أحب أن لا تباعها حتى تستبرأ بحیضة فهو أحوط لها ، وإن كان يطؤها وكانت آيسة فليس عليه استبراؤها لأن انتفاء الحمل معلوم وإن كانت ممن تحمل وجب عليه استبراؤها . وبه قال النخعي والثوري . وعن أحمد رواية أخرى : لا يجب عليه استبراؤها ، وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي . لأن عبد الرحمن بن عوف باع جارية كان يطؤها قبل استبرائها ، ولأن الاستبراء على المشتري فلا يجب على البائع فإن الاستبراء في حق الحرة أكد ولا يجب قبل النكاح وبعده ، كذلك لا يجب في الأمة قبل البيع وبعده .

ولنا أن عمر أنكر على عبد الرحمن بن عوف بيع جارية كان يطؤها قبل استبرائها ، فروى عبد الله بن عبيد بن عمير قال : باع عبد الرحمن بن عوف جارية كان يقع عليها قبل أن يستبرأ فظهر بها حمل عند الذي اشتراها : فخاصموه إلى عمر فقال له عمر : كنت تقع عليها ؟ قال نعم ، قال فبعتها قبل أن تستبرأ ؟ قال نعم ، قال : ما كنت لذلك بخليق ، قال فدعا القافة فنظروا إليه فألقوه به ، ولأنه يجب

على المشتري الاستبراء لحفظ مائه فكذلك البائع ، ولانه قبل الاستبراء مشكوك في صحة البيع وجوازه لاحتمال أن تكون أم ولد فيجب الاستبراء لإزالة الاحتمال فإن خالف وباع فالبيع صحيح في الظاهر ، لأن الأصل عدم الحمل ، ولأن عمر وعبد الرحمن لم يحكما بفساد البيع في الامة التي باعها قبل استبرائها إلا بلحاق الولد به ، ولو كان البيع باطلا قبل ذلك لم يحتج الى ذلك .

وذكر أصحابنا الروايتين في كل أمة يطؤها من غير تفريق بين الأيسة وغيرها والاولى أن ذلك لا يجب في الأيسة لأن علة الوجوب احتمال الحمل ، وهو وهم بعيد والأصل عدمه فلا ثبت به حكما بمجرد

(فصل : وإذا اشترى جارية فظهر بها حمل لم يخل من أحوال خمسة : أحدها أن يكون البائع أقر بوطئها عند البيع أو قبله وأنت بولد لدون ستة أشهر أو يكون البائع ادعى الولد فصدقه المشتري فإن الولد يكون للبائع والجارية أم ولد له والبيع باطل .

الحال الثاني : أن يكون أحدهما استبرأها ثم أتت بولد لاكثر من ستة أشهر من حين وطئها المشتري فالولد للمشتري والجارية أم ولد له

الحال الثالث : أن تأتي به لاكثر من ستة أشهر بعد استبراء أحدهما اما ، ولاقل من ستة أشهر منذ وطئها المشتري ، فلا يلحق نسبه بواحد منهما ويكون ملكا للمشتري ولا يملك فسخ البيع لأن الحمل تجدد في ملكه ظاهراً ، فإن ادعاه كل واحد منهما فهو للمشتري لانه ولد في ملكه مع احتمال كونه منه ، وإن ادعاه البائع وحده فصدقه المشتري لحقه وكان البيع باطلا ، وإن كذبه فالقول قول المشتري في ملك الولد لأن الملك انتقل اليه ظاهراً فلم تقبل دعوى البائع فيما يبطل حقه ، كما لو أقر بعد البيع أن الجارية منصوبة أو معتقة ، وهل ثبت نسب الولد من البائع ؟ فيه وجهان

أحدهما : ثبت لانه نفع للولد من غير ضرر على المشتري فيقبل قوله فيه ، كما لو أقر لولده بمال .

والثاني : لا يقبل لأن فيه ضرراً على المشتري ، فإنه لو أعتقه كان أبوه أحق

بميرائه منه ، ولذلك لو أقر عبدان كل واحد منهما أنه أخو صاحبه لم يقبل إلا ببينة
الحال الرابع : أن تأتي به بعد ستة أشهر منذ وطئها المشتري قبل استبرائها
فنفسه لاحق بالمشتري ، فإن ادعاه البائع فأقر له المشتري لحقه وبطل البيع ، وإن
كذبه فالقول قول المشتري ، وإن ادعى كل واحد منهما أنه من الآخر عرض على
القافة فالحق بمن ألحقته به لحديث عبد الرحمن بن عوف ، ولأنه يحتمل كونه من
كل واحد منهما ، وإن ألحقته القافة بهما لحق بهما وينبغي أن يبطل البيع وتكون
أم ولد للبائع لأننا تدبين أنها كانت حاملا منه قبل بيعها .

الحال الخامس : إذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ باعها ولم يكن أقر بوطنها
فالبيع صحيح في الظاهر والولد مملوك للمشتري ، فإن ادعاه البائع فالحكم فيه كما
ذكرنا في الحال الثالث سواء .

« مسألة ، قال (وتجنب الزوجة المتوفى عنها زوجها الطيب والزينة والبيتوتة
في غير منزلها والكحل بالأنثى والنقاب)

هذا يسمى الإحداد ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في وجوبه على المتوفى عنها
زوجها إلا عن الحسن فإنه قال : لا يجب الإحداد ، وهو قول شذ به عن أهل
العلم وخالف به السنة فلا يعرج عليه ، ويستوى في وجوبه الحرة والامة والمسلدة
والذمية ؛ والكبيرة والصغيرة ، وقال أصحاب الرأي : لا إحداد على ذمية ولا
صغيرة لأنها غير مكلفتين .

ولنا عموم الأحاديث التي سنذكرها ، ولأن غير المكلفة تساوى المكلفة في
اجتناب المحرمات كالخمر والزنا ، وإنما يفترقان في الإثم فكذلك الإحداد ، ولأن
حقوق الذمية في النكاح كحقوق المسلة فكذلك فيما عليها .

(فصل) ولا إحداد على غير الزوجات كأم الولد إذا مات سيدها . قال ابن
المنذر : لا أعلمهم يختلفون في ذلك ، وكذلك الامة التي يطؤها سيدها إذا مات
عنها ولا الموطوءة بشبهة والمزني بها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يحل لامرأة
تؤمن بالله واليوم الآخر أن تعد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر

وعشراء، ولا إحداد على الرجعية بغير خلاف نعليه، لأنها في حكم الزوجات لها أن تزين لزوجها وتستشرف له ليرغب فيها وتنفق عنده كما تفعل في صلب النكاح ولا إحداد على المشكوة نكاحاً فاسداً لأنها ليست زوجة على الحقيقة ولا لها من كانت تحل له ويحل لها فتحزن على فقده .

(فصل) وتجنب المحادة ما يدعو إلى جماعها ويرغب في النظر إليها ويحسنها وذلك أربعة أشياء .

أحدها الطيب، ولا خلاف في تحريمه عند من أوجب الإحداد لقول النبي صلى الله عليه وسلم لا تس طيباً إلا عند أدنى طهرها إذا طهرت من حيضها بنبذة من قسط أو اظفار، متفق عليه .

وروت زينب بنت أم سلمة قالت : دخلت على أم حبيبة زوج النبي صلى الله عليه وسلم حين توفي أبوها أبو سفيان فدعت بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره فدهنت منه جارية ثم مست بعارضتها ثم قالت : والله مالي بالطيب من حاجة، غير أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحدد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشراء، متفق عليه، ولأن الطيب يحرك الشهوة ويدعو إلى المباشرة ولا يجوز لها استعمال الأدهان المطيبة كدهن الورد والبنفسج والياسمين والبان وما أشبهه لأنه استعمال للطيب، فأما الأدهان بغير المطيب كالزيت والشيرج والسمن فلا بأس به لأنه ليس بطيب .

الثاني . اجتناب الزينة، وذلك واجب في قول عامة أهل العلم، منهم ابن عمر وابن عباس وعطاء، وجماعة أهل العلم يكرهون ذلك وينهون عنه، وهو ثلاثة أقسام .

أحدها : الزينة في نفسها فيحرم عليها أن تختضب وأن تحمر وجهها بالكلكون وأن تبيضه بأسفيزاج العرايس وأن تجعل عليه صبرا يصفره وأن تنقش وجهها ويديها وأن تحقف وجهها وما أشبهه مما يحسنها وأن تكتحل بالائم من غير ضرورة، وذلك لما روت أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل

رواه النسائي وأبو داود ، وروى أم عطية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :
 « لا تحمد المرأة فوق ثلاثة أيام إلا على زوج فإنها تحمد أربعة أشهر وعشرا ولا تلبس
 ثوبا مصبوغا إلا ثوب عصب ولا تكتحل ولا تمس طيباً إلا عند أدنى طهرها
 إذا طهرت من حيضها بنبذة من قسط أو اظفار ، متفق عليه .

وعن أم سلمة قالت : جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت
 « يا رسول الله إن ابنتي توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفكحلها ؟ فقال
 رسول الله صلى الله عليه وسلم لا . مرتين أو ثلاثا ، متفق عليه .

وروى أم سلمة قالت « دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفى
 أبو سلمة وقد جعلت على عيني صبيرا فقال : ماذا يا أم سلمة ؟ قلت : إنما هو صبر
 ليس فيه طيب قال إنه يشب الوجه لا تحليه إلا بالليل وتزعيه بالنهار ، ولا تمتشطى
 بالطيب ولا بالحناء فإنه خضاب قال قلت بأى شيء أمتشط . قال بالسدر تغلفين به
 رأسك ، ولأن الكحل من أبلغ الزينة والزينة تدعو إليها وتحرك الشهوة فهي
 كالطيب وأبلغ منه .

وحكى عن بعض الشافعية أن للسوداء أن تكتحل ، وهو مخالف للخبر والمعنى
 فإنه يزينا ويحسنها ، وإن اضطرت الحادة إلى الكحل بالائتمد للتداوى فلها أن
 تكتحل ليلا وتمسحه نهارا ، ورخص فيه عند الضرورة عطاء والنخعي ومالك
 وأصحاب الرأي لما روى أم حكيم بنت أسد عن أمها أن زوجها توفى وكانت
 تشكى عينيها فتكتحل بالجللاء فأرسلت مولاة لها إلى أم سلمة تسألها عن كحل
 الجللاء فقالت لا تكتحلي إلا لما لا بد منه يشتد عليك فتكتحلين بالليل وتغسلينه
 بالنهار رواه أبو داود والنسائي . وإنما منع من الكحل بالائتمد لأنه الذي تحصل به
 الزينة ، فأما الكحل بالتوتيا والعزروت ونحوهما فلا بأس به لأنه لازية فيه
 بل يقبح العين ويزيدها مرها ، ولا تمنع من جعل الصبر على غير وجهها من بدننها
 لأنه إنما منع منه في الوجه لأنه يصفره فيشبه الخضاب ، ولهذا قال النبي (ص)
 أنه يشب الوجه ، ولا تمنع من التنظيف بتقليم الاظفار وتنف الابط وحلق الشعر
 المندوب الى حلقه ولا من الاغتسال بالسدر والامتشاط به لحديث أم سلمة ،
 ولأنه يراد بالتنظيف لا للطيب .

القسم الثاني : زينة الثياب ، فتحرم عليها الثياب المصبغة للتحسين كالمعصفر والمزعفر وسائر الأحمر وسائر الملون للتحسين كالأزرق الصافي والأخضر الصافي والأصفر فلا يجوز لبسه لقول النبي (ص) « لا تلبس ثوبا مصبوغا ، وقوله « لا تلبس المعصفر من الثياب ولا المشق » .

فأما ما لا يقصد بصبغه حسنه كالكحلي والأسود والأخضر المشبع فلا تمنع منه لأنه ليس بزينة وما صبغ غزله ثم نسج فيه احتمالان .
أحدهما : يحرم لبسه لأنه أرفع وأحسن ولأنه مصبوغ للحسن فأشبهه ما صبغ بعد نسجه . والثاني . لا يحرم لقول رسول الله (ص) في حديث أم سلمة « إلا ثوب عصب » وهو ما صبغ غزله قبل نسجه ، ذكره القاضى ولأنه لم يصبغ وهو ثوب فأشبهه ما كان حسنا من الثياب غير مصبوغ . والاول أصح .

وأما العصب فالصحيح أنه نبت تصبغ به الثياب ، قال صاحب الروض الاتق الورس والعصب نبتان باليمن لا يبتان إلا به ، فأرخص النبي صلى الله عليه وسلم للحادة في لبس ما صبغ بالعصب لأنه في معنى ما صبغ لغير التحسين ، أما ما صبغ غزله للتحسين كالأحمر والأصفر فلا معنى لتجويز لبسه مع حصول الزينة بصبغه كحصولها بما صبغ بعد نسجه ، ولا تمنع من حسان الثياب غير المصبوغة وإن كان رقيقا سواء كان من قطن أو كتان أو إبريسم لأن حسنه من أصل خلقته فلا يلزم تغييره ، كما أن المرأة إذا كانت حسنة الحلقة لا يلزمها أن تغير لونها وتشوه نفسها .
القسم الثالث : الحلى فتحرم عليها لبس الحلى كله حتى الخاتم في قول عامة أهل العلم ، لقول النبي (ص) « ولا الحلى » .

وقال عطاء : يباح حلى الفضة دون الذهب ، وليس بصحيح لأن النهى عام : ولأن الحلى يزيد حسننها ويدعو إلى مباشرتها قالت امرأة .

وما الحلى إلا زينة لنقيصة تتمم من حسن إذا الحسن قصرا

(فصل) والثالث مما تجتنبه الحادة النقاب وما في معناه مثل البرقع ونحوه لأن المعتدة مشبهة بالمحرمة والمحرمة تمنع من ذلك وإذا احتاجت إلى ستر وجهها أسدلت عليه كما تفعل المحرمة .

(فصل) والرابع المبيت في غير منزلها وعن أوجب على المتوفى عنها زوجها الاعتداد في منزلها عمر وعثمان رضي الله عنهما ، وروى ذلك عن ابن عمر وابن مسعود وأم سلمة ، وبه يقول مالك والثوري والأوزاعي وأبو حنيفة والشافعي وإسحاق . وقال ابن عبد البر : وبه يقول جماعة فقهاء الامصار بالحجاز والشام والعراق ومصر .

وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء تعتد حيث شامت ، وروى ذلك عن علي وابن عباس وجابر وعائشة رضي الله عنهم . وقال ابن عباس نسخت هذه الآية عدتها عند أهلها وسكنت في وصيتها وان شامت خرجت لقول الله تعالى (فإن خرجن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن) قال عطاء : ثم جاء الميراث فنسخ السكنى تعتد حيث شامت . رواهما أبو داود .

ولنا ما روت فريعة بنت مالك بن سنان أخت أبي سعيد الخدري ، أنها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته أن زوجها خرج في طلب أعبد له فقتلوه بطرف القدوم ، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أرجع الى أهلي فإن زوجي لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة . قالت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : نعم . قالت فخرجت حتى اذا كنت في الحجرة أو في المسجد دعاني أو أمرني فدعيت له فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : كيف قلت ؟ فرددت عليه القصة فقال : امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله ، فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً فلما كان عثمان بن عفان أرسل الى فسألني عن ذلك فأخبرته فاتبعه وقضى به ، رواه مالك في موطنه والاثرم وهو حديث صحيح قضى به عثمان في جماعة الصحابة فلم ينكروه .

اذا ثبت هذا : فإنه يجب الاعتداد في المنزل الذي مات زوجها وهي ساكنة به سواء كان مملوكاً لزوجها أم بإجارة أو عارية لان النبي صلى الله عليه وسلم قال لفريعة : امكثي في بيتك ، ولم تكن في بيت يملكه زوجها ، وفي بعض ألفاظه : اعتدي في البيت الذي أتاك فيه نعمي زوجك ، . وفي لفظ : اعتدي حيث أتاك الخبر ، فإن أتاها الخبر في غير مسكنها رجعت الى مسكنها فاعتددت فيه ، وقال سعيد بن المسيب والنخعي لا تبرح من مكانها الذي أتاها فيه نعمي زوجها

اتباعا للفظ الخبر الذي رويناه . ولنا قوله عليه السلام ، امكنى في بيتك ، واللفظ الآخر قضية في عين ، والمراد به هذا فإن قضايا الأعيان لا عموم لها ثم لا يمكن حملها على العموم فإنه لا يلزمها الاعتداد في السوق والطريق والبرية إذا أتاها الخبر وهي فيها .

(فصل) فإن خافت هدماً أو غرقاً أو عدواً أو نحو ذلك أو حولها صاحب المنزل لكونه عارية رجع فيها أو بإجارة انقضت مدتها أو منعها السكنى تعدياً أو امتنع من إيجارته أو طلب به أكثر من أجره المثل أو لم تجد ما تكترى به أو لم تجد إلا من مالها فلمها أن تنتقل لأنها حال عذر ولا يلزمها بذلك أجر المسكن وإنما الواجب عليها فعل السكنى لا تحصيل المسكن ، وإذا تعذرت السكنى سقطت ولها أن تسكن حيث شئت . ذكره القاضي

وذكر أبو الخطاب أنها تنتقل إلى أقرب ما يسكنها النقلة إليه : وهو مذهب الشافعي لأنه أقرب إلى موضع الوجود فأشبهه من وجبت عليه الزكاة في موضع لا يجد فيه أهل السهمان فإنه ينقلها إلى أقرب موضع يخدم فيه .

ولنا أن الواجب سقط لعذر ولم يرد الشرع له يبدل فلا يجب كما لو سقط الحج للعجز عنه وفوات شرط ، والماتكف إذا لم يقدر على الاعتكاف في المسجد ، ولأن ما ذكرناه إثبات حكم بلا نص ولا معنى نص فإن معنى الاعتداد في بيتها لا يوجد في السكنى فيما قرب منه ويفارق أهل السهمان فإن القصد نفع الأقرب ، وفي نقلها إلى أقرب موضع يجده نفع الأقرب فوجب لذلك .

(فصل) قال أصحابنا ولا سكنى المتوفى عنها إذا كانت حائلاً رواية واحدة ، وإن كانت حاملاً فعلى روايتين وللشافعي في سكنى المتوفى عنها قولان وجه الوجوب قوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متاعاً إلى الحول غير إخراج) فنسخ بعض المدة وبقي باقياً على الوجوب ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر فريضة بالسكنى في بيتها من غير استئذان الورثة ، ولو لم تجب السكنى لم يكن لها أن تسكن إلا بإذنهم كما أنها ليس لها أن تتصرف في شيء من مال زوجها بغير إذنهم .

ولنا : أن الله تعالى إنما جعل للزوجة ثلث التركة أو ربعها وجعل باقية لسائر الورثة والمسكن من التركة ، فوجب أن لا يستحق منه أكثر من ذلك ولأنها بائن من زوجها فأشبهت المطلقة ثلاثا ، وأما إذا كانت حاملا وقتلها السكني فلأنها حامل من زوجها فوجب لها السكني قياساً على المطلقة .

فأما الآية التي احتجوا بها فإنها منسوخة ، وأما أمر النبي صلى الله عليه وسلم فريعة بالسكني فقضية في عين يحتمل أنه عليه السلام علم أن الوارث يأذن في ذلك أو يكون الأمر يدل على وجوب السكني عليها ويتقيد ذلك بالإمكان وإذن الوارث من جملة ما يحصل الإمكان به .

فإذا قلنا لها السكني فهي أحق بسكني المسكن الذي كانت تسكنه من الورثة والغرماء من رأس مال المتوفى ولا يباع في دينه بيعاً يمنعها السكني فيه حتى تقضى العدة ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وجمهور العلماء ، وإن تعذر المسكن فعلى الوارث أن يكتري لها مسكناً من مال الميت فإن لم يفعل أجبره الحاكم ، وليس لها أن تنتقل من مسكنها إلا لعذر كما ذكرنا ، وإن اتفق الوارث والمرأة على نقلها عنه لم يجز لأن هذه السكني يتعلق بها حق الله تعالى لأنها تجب للعدة والعدة يتعلق بها حق الله تعالى فلم يجز اتفاقهما على إبطالها بخلاف سكني النكاح فإنها حق لها ، ولأن السكني ههنا من الأحداد فلم يجز الاتفاق على تركها كسائر خصال الأحداد ، وليس لهم أن يخرجوها إلا أن تأتي بفاحشة مبينة لقوله تعالى (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) وهي أن تطول لسانها على أحمائها وتؤذيهم بالسب ونحوه ، وروى ذلك عن ابن عباس ، وهو قول الأكثرين .

وقال ابن مسعود والحسن : هي الزنا لقول الله تعالى (واللات يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) وإخراجهن هو الإخراج لإقامة حد الزنا ثم ترد إلى مكانها .

ولنا : أن الآية تقتضي الإخراج عن السكني وهذا لا يتحقق فيما قالاه ، وأما الفاحشة فهي اسم للزنا وغيره من الأقوال الفاحشة . يقال ألخس فلان في مقاله ، ولهذا روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قالت له عائشة : يا رسول الله

قلت لفلان بنس أخو العشيرة فلما دخل أنت له القول فقال : يا عائشة ان الله لا يحب الفحش ولا التفحش .

إذا ثبت هذا : فإن الورثة يخرجونها عن ذلك المسكن الى مسكن آخر من الدار ان كانت كبيرة تجمعهم فان كانت لا تجمعهم أو لم يمكن نقلها الى غيره في الدار ولم يتخلصوا من أذاها بذلك فلهم نقلها .

وقال بعض أصحابنا : ينتقلون هم عنها لأن سكنها واجب في المكان وليس بواجب عليهم والنص يدل على أنها تخرج فلا يرجع على ما خالفه ، ولأن الفاحشة منها فكان الاخراج لها ، وان كان أحاؤها هم الذين يؤذونها ويفحشون عليها نقلوا هم دونها فإنها لم تأت بفاحشة فلا تخرج بمقتضى النص ، ولأن الذنب لهم فيخصون بالاخراج ، وان كان المسكن لغير الميت فتبرع صاحبه بإسكانها فيه لزمها الاعتداد به ، وان أبي أن يسكنها الا بأجرة وجب بذلها من مال الميت الا أن تبرع انسان ببذالها فيلزمها الاعتداد به فإن حوالها صاحب المكان أو طلب أكثر من أجرة المثل ، فعلى الورثة إسكانها ان كان للميت تركه يستأجر لها به مسكن لأنه حق لها يقدم على الميراث فان اختارت النقلة عن هذا المسكن الذي ينقلونها اليه فلها ذلك لان سكنها به حق لها وليس بواجب عليها ، فان المسكن الذي كان يجب عليها السكنى به هو الذي كانت تسكنه حين موت زوجها ، وقد سقطت عنها السكنى به ، وسواء كان المسكن الذي كانت به لابويها أو لاحدهما أو لغيرهم ، وان كانت تسكن في دارها فاختارت الإقامة فيها والسكنى بها متبرعة أو بأجرة تأخذها من التركة جاز ويلزم الورثة بذل الأجرة اذا طلبتها وان طلبت أن تسكن غيرها وتنقل عنها فلها ذلك لأنه ليس عليها أن تؤجر دارها ولا تعيرها وعليهم إسكانها .

(فصل) فأما اذا قلنا ليس لها السكنى فتطوع الورثة بإسكانها في مسكن زوجها أو السلطان أو أجنبي لزمها الاعتداد به ، وان منعت السكنى به أو طلبوا منها الأجرة فلها أن تنتقل عنه الى غيره كما ذكرنا فيما اذا أخرجها المؤجر عند انقضاء الأجرة وسواء قدرت على الأجرة أو عجزت عنها لانه إنما تلزمها السكنى

لا تحصيل المسكن ، وان كانت في مسكن لزوجها فأخرجها الورثة منه وبذلوا لها مسكنا آخر لم تلزمها السكنى ، وكذلك ان أخرجت من المسكن الذى هى به أو خرجت لآى عارض كان لم تلزمها السكنى فى موضع معين سواء سواء بذله الورثة أو غيرهم لأنها إنما يلزمها الاعتداد فى بيتها الذى كانت فيه لا فى غيره ، وكذلك إذا قلنا لها السكنى فتعذر سكنها فى مسكنها وبذل لها سواء وان طلبت مسكنا سواء لزم الورثة تحصيله بأجرة أو بغيرها ان خلف الميت تركه تفى بذلك ويقدم ذاك على الميراث لأنه حق على الميت فأشبهه الدين فإن كان على الميت دين يستغرق ماله ضربت بأجرة المسكن مع الغرماء لأن حقها مساو لحقوق الغرماء وتستأجر بما يصيبها موطئاً تسكنه ، وكذلك الحكم فى الماطقة إذا حجر على الزوج قبل أن يطلقها ثم طلقها فإنها تضرب بأجرة المسكن لمدة العدة مع الغرماء إذا كانت حاملاً . فإن قيل فملا قدمتم حق الغرماء لأنه أسبق ؟ قلنا . لأن حقها ثبت عليه بغير اختيارها فشاركك الغرماء فيه كما لو اتلف المفلس مالا لإنسان أو جنى عليه ، وان مات وهى فى مسكنه لم يحز إحداهما منه لأن حقها تعلق بعين المسكن قبل تعلق حقوق الغرماء بعينه فكان حقها مقدما كحق المرتبة ، وإن طلب الغرماء بيع هذا المسكن وترك السكنى لها مدة العدة لم يحز لأنها إنما تستحق السكنى اذا كانت حاملاً ومدة الحمل بمجولة فتصير كما لو باعها واستثنى نفقها مدة مجولة ، وان أراد الورثة قسمة مسكنها على وجه يضر بها فى السكنى لم يكن لهم ذلك ، وان أرادوا التعليم بخطوط من غير نقض ولا بناء جاز لأنه لا ضرر عليها فيه .

(فصل)

وإذا قلنا انها تضرب مع الغرماء بقدر مدة عدتها فإنها تضرب بمدة عاداتها فى وضع الحمل ان كانت حاملاً ، وان كانت مطلقة من ذوات القروء . وقلنا لها السكنى ضربت بمدة عاداتها فى القروء . فإن لم تكن لها عادة ضربت بغالب عادات النساء وهو تسعة أشهر للحمل وثلاثة أشهر لكل قرء شهر ، أو بما بقى من ذلك ان كان قد مضى من مدة حملها شيء لأنه لا يمكن تأخير القسمة لحق الغرماء فإذا ضربت بذلك فوافق الصواب فلم تزد ولم تنقص استقر الحكم وتستأجر بما يحصل لها مكاناً تسكنه ، وإذا تعذر ذلك سكنت حيث شاءت ، وان كانت المدة أقل مما

ضربت به مثل أن وضعت حملها ستة أشهر أو تربصت ثلاثة قروء في شهرين
فعلينا رد الفضل وتضرب فيه بحصنها منه ، وإن طالت العدة أكثر من ذلك مثل
أن وضعت حملها في عام أو زادت ثلاثة قروء في نصف عام رجعت بذلك على
الغرماء كما يرجعون عليها في ضرورة النقص ، ويحتمل أن لا ترجع به ويكون في
ذمة زوجها لا لنا قدرنا ذلك مع تجويز الزيادة فلم تكن لها الزيادة عليه

(فصل) وللمعدة الخوج في حوائجها نهاراً سواء كانت مطلقة أو متوفى
عنها : لما روى جابر قال : طلقت خالتي ثلاثاً فجئت تجذ نخلاها فلقبها رجل
فيهاها فذكرت ذلك للنبي (ص) فقال : اخرجي فجذني نخلك لعالك أن تصدقي
منه أو تفعل خيراً ، رواه النسائي وأبو داود

وروى مجاهد قال : استشهد رجال بهم أحد فجاء نساؤهم رسول الله (ص) ،
وقلن يا رسول الله نستوحش بالليل أفنبيت عند احدانا ، فإذا أصبحنا بادرنا إلى
بيوتنا ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تحوشن عند احدكن حتى إذا أردتن
النوم فلتؤب كل واحدة إلى بيتهها ، وليس لها المبيت في غير بيتها ولا الخروج ليلاً
إلا اضرة لأن الليل مظنة العساد بخلاف النهار فإنه مظنة قضاء الحوائج والمعاش
وشراء ما يحتاج إليه وإن وجب عليها حق لا يمكن استيفاءه إلا بها كالدين
والحد وكانت ذات خدر بعث اليها الحاكم من يستوفي الحق منها في منزلها ، وإن
كانت برزة جاز احضارها لاستيفائه فإذا فرغت رجعت إلى منزلها .

فصل في

والامة كالحررة في الاحداد والاعتداد في المنزل الا أن سكنها في العدة كسكنها
في حياة زوجها للمسير امساكها نهاراً وارسلها ليلاً فإن أرسلها ليلاً ونهاراً
اعتدت زمانها كله في المنزل وعلى الورقة سكنها فيها كالحررة سرية .

(فصل) والبدوية كالخصوية في الاعتداد في منزلها الذي مات زوجها وهي
ساكنة فيه فإن انتقلت الحلة انتقلت معهم لأنها لا يسكنها المقام وحدها ، وإن
انتقل غير أهلها لزمها المقام معهم ، وإن انتقل أهلها انتقلت معهم إلا أن يبقى
من الحلة من لا تخاف على نفسها معهم فتكون مخيرة بين الإقامة والرحيل وإن
هرب أهلها تخافت عريت معهم وإن أمت أمتهم انقضت الدية في منزلها .

(فصل) فإن مات صاحب السفينة وإمرأته في السفينة ولها مسكن في البر فحكمها حكم المسافرة في البر على ما سذكروه ، وإن لم يكن لها مسكن سواها وكان فيها بيت يمكنها السكنى فيه بحيث لا تجتمع مع الرجال وأمكنها المقام فيه بحيث تأمن على نفسها ومعها محرما لزمها أن تعتد به فإن كانت ضيقة وليس معها محرما أو لا يمكنها الإقامة فيها إلا بحيث تختلط بالرجال لزمها الانتقال منها إلى موضع سواها

مسألة ، قال (والمطلقة ثلاثا تنوق الطيب والزينة والكحل بالأمد)

اختلفت الرواية عن أحمد في وجوب الاحداد على المطلقة البائن فعنه يجب عليها وهو قول سعيد بن المسيب وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي . والثانية : لا يجب عليها وهو قول عطاء وربيعة ومالك وابن المنذر ونحوه قول الشافعي لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إيال إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً وهذه عدة الوفاة فيدل على أن الاحداد إنما يجب في عدة الوفاة ، ولأنها معتدة عن غير وفاة فلم يجب عليها الاحداد كالرجعية والموطوءة بشبهة ولأن الاحداد في عدة الوفاة لاظهار الأسف على فراق زوجها وموته .

فأما الطلاق فإنه فارقها باختيار نفسه وقطع نكاحها فلا معنى لتكليفها الحزن عليه ولأن المتوفى عنها لو أتت بولد لحق الزوج وليس له من ينفيه فاحتبط عليها بالاحداد لئلا يلحق بالميت من ليس منه بخلاف المطلقة فإن زوجها باق فم يحتاج عليها بنفسه وينفق ولدها إذا كان من غيره .

ووجه الرواية الأولى : أنها معتدة بائن من نكاح فلزمها الاحداد كالمتوفى عنها زوجها وذلك لأن العدة تحرم النكاح لحرمت دواعيه ، ويخرج على هذا الرجعية فإنها زوجة والموطوءة بشبهة ليست معتدة من نكاح فلم تكمل الحرمة ، فأما الحديث فأنما مدلوله تحريم الاحداد على ميت غير الزوج ونحن نقول به ، ولهذا جاز الاحداد همنا بالاجماع ، فإذا قلنا يلزمها الاحداد لزمها شيان تنوق الطيب والزينة في نفسها على ما قدمنا فيها ولا تمنع من النقاب ولا من الاعتداد في غير منزلها ولذلك أمر

النبي ص : فاطمة بنت قيس أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم على ما سئذ كره إن شاء الله (فصل) وإذا كانت المبتوتة حاملا وجب لها السكنى رواية واحدة . ولا نعلم بين أهل العلم خلافا فيه ، وإن لم تكن حاملا ففيها روايتان .

إحداهما . لا يجب لها ذلك ، وهو قول ابن عباس وجابر ، وبه قال عطاء وطاوس والحسن وعمر بن ميمون وعكرمة وإسحاق وأبو ثور وداود .

والثانية : يجب لها ذلك ، وهو قول ابن مسعود وابن عمر وعائشة وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم وأبي بكر بن عبد الرحمن وخارجه بن زيد وسليمان بن يسار ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي لقول الله تعالى (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) وقال تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدتم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضمن حملهن) فأوجب لهم السكنى مطلقاً ثم خص الحامل بالانفاق عليها .

ولنا ما روت فاطمة بنت قيس ، أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل اليها وكيله بشعير فتسخطته فقال والله مالك علينا من شيء فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال لها : ليس لك عليه نفقة ولا سكنى ، فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك — ثم قال — إن تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدى في بيت ابن أم مكتوم ، متفق عليه .

فإن قيل : فقد أنكر عليها عمر وقال ما كنا لنضع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لا ندري أصدقت أم كذبت ؟ ، وقال عروة ، لقد عابت عائشة ذلك أشد العيب وقال لها كانت في مكان وحش تخيف على ناحيتها .

وقال سعيد بن المسيب ، تلك امرأة فتنت الناس إنها كانت لسنة فوضعت على يدي ابن أم مكتوم الأعمى ، قلنا : أما مخالفة الكتاب فإن فاطمة لما أنكرها عليها قالت بيني وبينكم كتاب الله ، قال الله تعالى (لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) فأي أمر يحدث بعد الثلاث ؟ ، فكيف تقولون لا نفقة لها إذا لم تكن حاملا فعلام تحبسونها ؟ فكيف تحبس امرأة بغير نفقة ؟ وأما قولهم : إن عمر قال . لا ندع كتاب ربنا فقد أنكر أحمد هذا القول عن عمر قال ولكنه قال

لا يجز في ديننا قول امرأة، وهذا مجمع على خلافه وقد أخذنا بخبر فريضة وهي امرأة
 وبرواية عائشة وأزواج رسول الله (ص) في كثير من الأحكام وصار أهل العلم إلى
 خير فاطمة هذا في كثير من الأحكام مثل سقوط نفقة المبتوتة إذا لم تكن حاملا
 ونظر المرأة إلى الرجال وخطبة الرجل على خطبة أخيه إذا لم تكن سكنت إلى الأول
 وأما تأويل من تأول حديثها فليس بشيء فإنها تخالفهم في ذلك وهي أعلم بحالها
 ولم يتفق المتأولون على شيء، وقد رد على من رد عليها، فقال ميمون بن مهران
 لسعيد بن المسيب لما قال: تلك امرأة فتنت الناس لئن كانت إنما أخذت بما أفتاها
 رسول الله صلى الله عليه وسلم ما فتنت الناس، وإن لنا في رسول الله (ص)
 أسوة حسنة، مع أنها أحرم الناس عليه لبس له عليها رجعة ولا بينهما ميراث؛
 وقول عائشة: إياها كانت في مكان وحش، لا يصح فإن النبي صلى الله عليه وسلم
 لم يغير ذلك فقال: يا ابنة آل قيس إنما السكنى والنفقة ما كان لزوجك عليك
 الرجعة، هكذا رواه الحميدى والأثرم، ولأنه لو صح ما قالته عائشة أو غيرها
 من التأويل ما احتاج عمر في رده إلى أن يعتذر بأنه قول امرأة، ثم فاطمة صاحبة
 القصة وهي أعرف بنفسها وبحالها، وقد أنكرت على من أنكر عليها وردت على
 من رد خبرها أو تأوله بخلاف ظاهره فيجب تقديم قولها لمعرفتها بنفسها وموافقتهما
 ظاهر الخبر كما في سائر ما هذا سبيله

فصل في

قال أصحابنا: ولا يتعين الموضع الذي تسكنه في الطلاق سواء قلنا لها السكنى
 أو لم نقل، بل يتخير الزوج بين إقرارها في الموضع الذي طلقها فيه وبين نقلها
 إلى مسكن مثلاً، والمستحب إقرارها لقوله تعالى: لا تخرجوهن من بيوتهن
 ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة (وإن فيه خروجاً من الخلاف فإن الذين
 ذكروا غلب أن لها السكنى) وجوب الاعتداد عليها في منزلها، فإن كانت
 في بيت ملك الزوج سكناه وبصريح لمثلها اعتدت فيه فإن ضاق عنهما انتقل عنهما
 وتركها لهما لأنه يستحب سكناهما في الموضع الذي طلقها فيه.

وإن اتسع الموضع لهما، وفي الدار موضع لهما منفرداً كالحجرة أو علو الدار
 أو سفليها وبينهما باب مغلق سكنت فيه وسكن الزوج في الباقي لأنهما كالحجرتين

المتجاورتين، وإن لم يكن بينهما باب مغلق لكن لها موضع تثستر فيه بحيث لا يراها ومعهما محرم تتحفظ به جاز، لأن مع المحرم يؤمن الفساد ويكره في الجملة، لأنه لا يؤمن النظر وإن لم يكن معها محرم لم يحجز. لقول النبي (ص) «لا يخلون رجل بامرأة ليست له بمحرم فإن ثالثها الشيطان»، وإن امتنع من إسكانها وكانت ممن لها عليه السكنى أجبره الحاكم، فإن كان الحاكم معدوما رجعت على الزوج وإن كان الحاكم موجوداً فهل ترجع؟ على روايتين. وإن كان الزوج حاضراً ولم ينهها من المسكن فاكترت لنفسها موضعاً أو سكنت في موضع تملكه لم ترجع بالآجرة لأنها تبرعت بذلك فلم ترجع به على أحد. وإن عجز الزوج عن إسكانها لعسرته أو غيبته أو امتنع من ذلك مع قدرته سكنت حيث شاءت. وكذلك المتوفى عنها زوجها إذا لم يسكنها ورثته، لأنه إنما تلزمها السكنى في منزل له لتحصين مائه، فإذا لم تفعل لم يلزمها ذلك.

«مسألة، قال (وإذا خرجت إلى الحج فتوفى عنها زوجها وهي بالقرب رجعت لتفضي العدة، فإن كانت قد تباعدت مضت في سفرها فإن رجعت وقد بقي من عدتها شيء أتت به في منزلها)».

وجملته أن المعتدة من الوفاة اس لها أن تخرج إلى الحج ولا إلى غيره، روى ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما، وبه قال سعيد بن المسيب والقاسم ومالك والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي والثوري. وإن خرجت فمات زوجها في الطريق رجعت إن كانت قريبة لأنها في حكم الإقامة. وإن تباعدت مضت في سفرها. وقال مالك ترد ما لم تحرم. والصحيح أن البعيدة لا ترد لأنه يضر بها وعليها مشقة ولا بد لها من سفر وإن رجعت

قال القاضي. ينبغي أن يحدد القريب بما لا تقصر فيه الصلاة والبعيد ما تقصر فيه، لأن ما لا تقصر الصلاة فيه أحكامه أحكام الحضر. وهذا قول أبي حنيفة إلا أنه لا يرى القصر إلا في مسيرة ثلاثة أيام، فقال: متى كان بينها وبين مسكنها دون ثلاثة أيام فعليها الرجوع إليه، وإن كان فوق ذلك لزمها المضي إلى مقصدها والاعتداد فيه إذا كان بينها وبينه دون ثلاثة أيام وإن كان بينه وبينها ثلاثة أيام

وفي موضعها الذي هي به موضع يمكنها الإقامة فيه لزمها الإقامة ، وإن لم يمكنها الإقامة مضت إلى مقصدها .

وقال الشافعي : إن فارق البنيان فلها الخيار بين الرجوع والتمام لأنها صارت في موضع أذن لها زوجها فيه وهو السفر . فأشبه ما لو كانت قد بعدت ولنا على وجوب الرجوع إذا كانت قريبة ما روى سعيد ثنا جرير عن منصور عن سعيد بن المسيب قال : توفي أزواج نساؤهن حاجات أو معتمرات فردهن عمر من ذي الحليفة حتى يعتدداً في بيوتهن ، ولأنه أمكنها الاعتداد في منزلها قبل أن يبعد سفرها فلزمها كما لو لم تفارق البنيان . وعلى أن البعيدة لا يلزمها الرجوع أن عليها مشقة وتحتاج إلى سفر في رجوعها فأشبهت من بلغت مقصدها :

وإن اختارت البعيدة الرجوع فلها ذلك إذا كانت تصل إلى منزلها قبل انقضاء عدتها ، ومتى كان عليها في الرجوع خوف أو ضرر فلها المضي في سفرها كما لو بغدت ، ومتى رجعت وقد بقي عليها شيء من عدتها لزمها أن تأتي به في منزل زوجها بلا خلاف نعله بينهم في ذلك ، لأنه أمكنها الاعتداد فيه فلزمها كما لو لم تسافر منه .

(فصل . ولو كانت عليها حجة الاسلام فمات زوجها لزمها العدة في منزلها ، وإن فاتها الحج . لأن العدة في المنزل تفوت ولا بدل لها والحج يمكن الاتيان به في غير هذا العام . وإن مات زوجها بعد إحرامها بحج الفرض أو بحج أذن لها زوجها فيه نظرت فإن كان وقت الحج متسعاً لا تخاف فوته ولا فوت الرفقة لزمها الاعتداد في منزلها لأنه أمكن الجمع بين الحقين فلم يجوز إسقاط أحدهما ، وإن خشيت فوات الحج لزمها المضي فيه . وبهذا قال الشافعي)

وقال أبو حنيفة : يلزمها المقام وإن فاتها الحج لأنها معتدة فلم يجوز لها أن تنشيء سفرأ ، كما لو أحرمت بعد وجوب العدة عليها

ولنا إنها عبادتان استويا في الوجوب وضيق الوقت فوجب تقديم الأسبق منهما ، كما لو كانت العدة أسبق ، ولأن الحج أكد لأنه أحد أركان الاسلام والمشقة بتفويته تعظم فوجب تقديمه كما لو مات زوجها بعد أن بعد سفرها إليه ، وإن أحرمت بالحج بعد موت زوجها وخشيت فواته احتمل أن يجوز لها المضي

إليه لما في بقائها في الاحرام من المشقة ، واحتمل أن يلزمها الاعتداد في منزلها لأن العدة أسبق . ولأنها فرطت وغلظت على نفسها ، فإذا قضت العدة وأمكنها السفر الى الحج لزمها ذلك ، فإن أدركته والاتحلت بعمل عمرة . وحكمها في القضاء حكم من فاته الحج ، وإن لم يمكنها السفر لحكمها حكم المحصر كالتى يمنعها زوجها من السفر وحكم الاحرام بالعمرة كذلك اذا خيف فوات الرفقة أو لم يخف .

فصل

وإذا أذن لها زوجها للسفر لغير النقلة فخرجت ثم مات زوجها فالحكم في ذلك كالحكم في سفر الحج على ما ذكرنا من التفصيل ، وإذا مضت الى مقصدها فلها الإقامة حتى تنقضى ما خرجت إليه وتنقضى حاجتها من تجارة أو غيرها ، وإن كان خروجها لنزهة أو زيارة أو لم يكن قدر لها مدة فإنها تقيم إقامة المسافر ثلاثاً ، وإن قدر لها مدة فلها إقامتها لأن سفرها بحكم اذنه فكان لها إقامة ما أذن لها فيه ، فإذا مضت مدتها أو قضت حاجتها ولم يمكنها الرجوع لخوف أو غيره أنهت العدة في مكانها ، وإن أمكنها الرجوع لكن لا يمكنها الوصول الى منزلها حتى تنقضى عدتها لزمها الإقامة في مكانها ، لأن الاعتداد وهي مقيمة أولى من الاتيان بها في السفر ، وإن كانت تصل وقد بقي من عدتها شيء لزمها العود لتأتى بالعدة في مكانها .

(فصل) وإن أذن الزوج لها في الانتقال الى دار أخرى أو بلد آخر فمات قبل انتقالها لزمها الاعتداد في الدار التي هي بها لأنها بيتها ، وسواء مات قبل نقل متاعها أو بعده لأنها مسكنها ما لم تنتقل عنه .

وإن مات بعد انتقالها الى الثانية اعتدت فيها لأنها مسكنها ، وسواء كانت قد نقلت متاعها أو لم تنقله ، وإن مات وهي بينهما فهي بخيرة لأنها لا مسكن لها منها ، فإن الأولى قد خرجت عنها منتقلة فخرجت عن كونها مسكنها . والثانية لم تسكن بها فهي سواء .

وقيل يلزمها الاعتداد في الثانية لأنها المسكن الذى أذن لها زوجها في السكنى به ، وهذا يمكن في الدارين ، فأما اذا كانا بلدين لم يلزمها الانتقال الى البلد الثانى

بحال لأنها إنما كانت تنتقل لغرض زوجها في صحبتها إياه وإقامتها معه ، فلو الزمنها ذلك بعد موته لكافئها السفر الشاق والتغرب عن وطنها وأهلها والمقام مع غير محرمها والمخاطرة بنفسها مع فوات الغرض . وظاهر حال الزوج أنه لو علم أنه يموت لما نقلها فصارت الحياة مشروطة في النقلة .

فأما ان انتقلت الى الثانية ثم عادت الى الاولى لنقل متاعها فمات زوجها وهي بها فعليها الرجوع الى الثانية لأنها صارت مسكنها بانتقالها اليها وإنما عادت الى الاولى لحاجة والاعتبار بمسكنها دون موضعها ، وان ماتت وهي في الثانية فقالت أذن لي زوجي في السكنى بهذا المكان ، وأنكر ذلك الورثة ، أو قالت إنما أذن لي زوجي في الحجى . إليه لا في الإقامة به . وأنكر ذلك الورثة فالقول قولها لأنها أعرف بذلك منهم . وكل موضع قلنا يلزمها السفر عن بلدها فهو مشروط بوجود محرمها مسافراً معها والامن على نفسها لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة الا مع ذى محرم من أهلها ، أو كما قال .

« مسألة ، قال (وإذا طلقها زوجها أو مات عنها وهو ناه عنها فعدتها من يوم مات أو طلق إذا صح ذلك عندها وان لم تجتنب ما تجتنبه المعتدة) »

هذا المشهور في المذهب ، وأنه متى مات زوجها أو طلقها فعدتها من يوم موته وطلاقه .

قال أبو بكر : لا خلاف عن أبي عبد الله عليه أن العدة تجب من حين الموت والطلاق ، الا ما رواه اسحاق بن ابراهيم ، وهذا قول ابن عمر وابن عباس وابن مسعود ومسروق وعطاء وجابر بن زيد وابن سيرين ومجاهد وسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وسليمان بن يسار وأبي قلابة وأبي العالية والنخعي ونافع ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي . وعن أحمد ان قامت بذلك بينة فكما ذكرنا والا فعدتها من يوم يأتيها الخبر .

وروى ذلك عن سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز . ويروى عن علي

والحسن وقتادة وعطاء الخراساني وخلاس بن عمرو : أن عدتها من يوم يأتيها الخبر لان العدة اجتناب أشياء وما اجتنبتها .

ولنا أنها لو كانت حاملا فوضعت حملها غير عالة بفرقة زوجها لا قضت عدتها فكذلك سائر أنواع العدد ، ولأنه زمان عقيب الموت أو الطلاق فوجب أن تعتد به كما لو كان حاضرا ، ولان القصد غير معتبر في العدة ، بدليل أن الصغيرة والمجنونة تنقضي عدتهما من غير قصد ولم يعدم ههنا الا القصد ، وسواء في هذا اجتنبت ما تجنيه المعتدات أو لم تجتنبه فإن الاحداد الواجب ليس بشرط في العدة فلو تركته قصدا أو عن غير قصد لا نقضت عدتها ، فإن الله تعالى قال (يترصدن بأنفسهن ثلاثة قروء) وقال (فعدتهن ثلاثة أشهر) وقال (وأولات الاحمال أجلمن أن يضعن حملهن) وفي اشتراط الاحداد مخالفة هذه النصوص فوجب ألا يشترط .

كتاب الرضاع

الأصل في التحريم بالرضاع الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى : **وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّن الرِّضَاعَةِ** ذكرهما الله سبحانه في جملة المحرمات

وأما السنة فما روت عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : **ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة ، متفق عليه ، وفي لفظ : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، رواه النسائي . وعن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في بنت حمزة : لا تحل لي يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهي ابنة أخي من الرضاعة ، متفق عليه في أخبار كثيرة ، تذكر أكثرها ان شاء الله تعالى في تضاعيف الباب . وأجمع علماء الامة على التحريم بالرضاع**

إذا ثبت هذا فإن تحريم الام والاخت ثبت بنص الكتاب ، وتحريم البنت ثبت بالتدنييه ، فانه إذا حرمت الاخت فالبنت أولى وسائر المحرمات ثبت تحريمهن بالسنة وثبت المحرمية لانهما فرع على التحريم إذا كان بسبب مباح ، فأما بقية أحكام

النسب من النفقة والعق ورد الشهادة وغير ذلك فلا يتعلق به لان النسب أقوى منه فلا يقاس عليه في جميع أحكامه . وإنما يشبه به فيما نص عليه فيه

« مسألة ، قال أبو القاسم رحمه الله (والرضاع الذي لا يشك في تحريمه أن يكون خمس رضعات فصاعداً)

في هذه المسألة مسألتان : أحدهما : أن الذي يتعلق به التحريم خمس رضعات فصاعداً ، هذا الصحيح في المذهب وروى هذا عن عائشة وابن مسعود وابن الزبير وعطاء وطاوس وهو قول الشافعي

وعن أحمد رواية ثانية أن قليل الرضاع وكثيره يحرم وروى ذلك عن علي وابن عباس ؛ وبه قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول والزهري وقتادة والحكم وحماد ومالك والأوزاعي والثوري والليث وأصحاب الرأي ، وزعم الليث أن المسلمين أجمعوا على أن قليل الرضاع وكثيره يحرم في المهد ما يفطر به الصائم ، واحتجوا بقول الله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) وقوله عليه السلام « يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب »

وعن عقبة بن الحارث « أنه تزوج أم يحيى بنت أبي أهاب ، فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتك ، فذكرت ذلك للنبي (ص) فقال : كيف وقد زعمت أن قد أرضعتك ؟ ، متفق عليه ، ولأن ذلك فعل يتعلق به تحريم مؤبد فلم يعتبر فيه العدد كتحريم أمهات النساء ولا يلزم اللعان لأنه قول .

والرواية الثانية : لا يثبت التحريم الا بثلاث رضعات . وبه قال أبو ثور وأبو عبيد وداود وابن المنذر لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا تحرم المصاة ولا المصاة » وعن أم الفضل بنت الحارث قالت : قال نبي الله صلى الله عليه وسلم « لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان » رواهما مسلم ، ولأن ما يعتبر فيه العدد والتكرار يعتبر فيه الثلاث وروى عن حفصة « لا يحرم دون عشر رضعات » وروى ذلك عن عائشة لأن عروقة روى في حديث سهلة بنت سهيل : فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما بلغنا « أرضعيه عشر رضعات فيحرم بلبنها » وجه الأولى ما روى عن عائشة أنها قالت : أنزل في القرآن عشر رضعات معلومات يحرم من

ففسخ من ذلك خمس وصار الى خمس رضعات معلومات يحرم من فتوى رسول الله صلى الله عليه وسلم والامر على ذلك رواه مسلم، وروى مالك عن الزهري عن عروة عن عائشة عن سہلة بنت سہيل أرضعى سالماً خمس رضعات فيحرم بلبنها، والآية فسرتها السنة وبينت الرضاعة المحرمة، وصريح ما رويناہ يخص مفهوم ما رووه فنجمع بين الاخبار ونحملها على الصريح الذي رويناہ .

(فصل)

وإذا وقع الشك في وجود الرضاع أو في عدد الرضاع المحرم هل كملاً أو لا ؟ لم يثبت التحريم لأن الأصل عدمه فلا نزول عن اليقين بالشك كما لو شك في وجود الطلاق وعدده .

المسألة الثانية : أن تكون الرضعات متفرقات وبهذا قال الشافعي ، والمرجع في معرفة الرضعة الى العرف لان الشرع ورد بها مطلقاً ولم يحدّها بزمن ولا مقدار فدل ذلك على أنه ردهم الى العرف فإذا ارتضع الصبي وقطع قطعاً بينا باختياره كان ذلك رضعة فإذا عاد كانت رضعة أخرى ، فأما ان قطع لضيق نفس أو للانتقال من ثدي الى ثدي أو لشيء يلهيه أو قطعت عليه المرضعة نظرنا فإن لم يعد قريباً فهي رضعة ، وإن عاد في الحال ففيه وجهان :

أحدهما : أن الاولى رضعة فإذا عاد فهي رضعة أخرى وهذا اختيار أبي بكر وظاهر كلام أحمد في رواية حنبل فإنه قال : أما ترى الصبي يرتضع من الثدي . فإذا أدركه النفس أمسك عن الثدي ليتنفس أو يستريح فإذا فعل ذلك فهي رضعة وذلك لان الاولى رضعة لو لم يعد فكانت رضعة وإن عاد كما لو قطع باختياره .

والوجه الآخر : أن جميع ذلك رضعة وهو مذهب الشافعي إلا فيما إذا قطعت عليه المرضعة ففيه وجهان : لانه لو حلف لا أكلت اليوم إلا أكلة واحدة فاستدام إلا كل زمناً أو قطع لشرب الماء أو انتقال من لون إلى لون أو انتظار لما يحمل اليه من الطعام لم يعد إلا أكلة واحدة فكذا ههنا ، والاول أصح لان اليسير من السعوط والوجور رضعة فكذا هذا .

« مسألة ، قال (والسعوط كالرضاع وكذلك الوجور) »

معنى السعوط أن يصب اللبن في أنفه من إناء أو غيره والوجور أن يصب في حلقه سباً من غير الثدي ، واختلفت الرواية في التحريم بهما فأصح الروايتين أن التحريم يثبت بذلك كما يثبت بالرضاع وهو قول الشعبي والثوري وأصحاب الرأي وبه قال مالك في الوجور .

والثانية : لا يثبت بهما التحريم وهو اختيار أبي بكر ومذهب داود ، وقول عطاء الخراساني في السعوط لأن هذا ليس برضاع وإنما حرم الله تعالى ورسوله بالرضاع ولأنه حصل من غير ارتضاع فأشبه ما لو دخل من جرح في بدنه .
ولنا ما روى ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم ، لا رضاع إلا ما أنشز العظم وأنبت اللحم ، رواه أبو داود ، ولأن هذا يصل به اللبن إلى حيث يصل بالارتضاع ويحصل به من إنبات اللحم وإنشاز العظم ما يحصل من الارتضاع ، فيجب أن يساويه في التحريم ، والأنف سبيل الفطر للصائم فكان سبيلاً للتحريم كالرضاع بالقلم .

(فصل وإنما يحرم من ذلك مثل الذي يحرم بالرضاع وهو خمس في الرواية المشهورة فإنه فرع على الرضاع فيأخذ حكمه ، فإن ارتضع وكل الخمس بسعوط أو وجور أو استعط أو أوجر وكل الخمس برضاع ثبت التحريم لأننا جعلناه كالرضاع في أصل التحريم فكذلك في إكمال العدد ولو حلبت في إناء دفعة واحدة ثم سقته غلاماً في خمسة أوقات فهو خمس رضعات فإنه لو أكل من طعام خمس أكالات متفرقات لمكان قد أكل خمس أكالات ، وإن حلبت في إناء حلبات في خمسة أوقات ثم سقيه دفعة واحدة كان رضعة واحدة كما لو جعل الطعام في إناء واحد في خمسة أوقات ثم أكله دفعة واحدة كان أكالة واحدة .

وحكى عن الشافعي قول في صورتين عكس ما قلنا اعتباراً بخروجه منها لأن الاعتبار بالرضاع والوجور فرعه .

ولنا أن الاعتبار بشرب الصبي له لأنه المحرم ولهذا ثبت التحريم به من غير رضاع ولو ارتضع بحيث يصل إلى فيه ثم مجيء لم يثبت التحريم فكان الاعتبار به

وما وجد منه إلا دفعة واحدة فكان رضعة واحدة ، وإن سقته في أوقات فقد وجد في خمسة أوقات فكان خمس رضعات ، فأما إن سقته اللبن المجموع جرعة بعد جرعة متتابعة فظاهر قول الخرقى أنه رضعة واحدة لاعتباره خمس رضعات متفرقات ولأن المرجع في الرضعة إلى العرف وهم لا يعدون هذا رضعات فأشبهه ما لو أكل الآكل الطعام لقمة بعد لقمة فإنه لا يبدأ كلات ، ويحتمل أن يخرج على ما إذا قطعت عليه المرضعة الرضاع على ما قدمنا .

فصل : وإن عمل اللبن جبناً ثم أطعمه الصبي ثبت به التحريم ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة لا يحرم به لزوال الإسم ، وكذلك على الرواية التي تقول لا يثبت التحريم بالوجور لا يثبت ههنا بطريق الأولى . ولنا أنه واصل من الحلق يحصل به إنبات اللحم وإنشاز العظم فحصل به التحريم كما لو شربه .

(فصل) فأما الحقنة فقال أبو الخطاب : المنصوص عن أحمد أنها لا تحرم ، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك ، وقال ابن حامد وابن أبي موسى تحرم ، وهذا مذهب الشافعى لأنه سبيل يحصل بالواصل منه القطر فتعلق به التحريم كالرضاع ولنا أن هذا ليس برضاع ولا يحصل به التغذية فلم ينشر الحرمة كما لو قطر في إحليله ، ولأنه ليس برضاع ولا في معناه فلم يحز إنبات حكمه فيه ، ويفارق فطر الصائم فإنه لا يعتبر فيه إنبات اللحم ولا إنشاز العظم وهذا لا يحرم فيه إلا ما أنبت اللحم وأنشز العظم ، ولأنه وصل اللبن إلى الباطن من غير الحلق أشبهه ما لو وصل من جرح .

مسألة ، قال (واللبن المشوب كالمحض)

المشوب المختلط بغيره والمحض الخالص الذي لا يخالطه سواه ، وسوى الخرقى بينهما سواء شرب بطعام أو شراب أو غيره ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو بكر قياس قول أحمد أنه لا يحرم لأنه وجور .

وحكى عن ابن حامد أنه قال . إن كان الغالب اللبن حرم وإلا فلا وهو قول أبي ثور والمزنى لأن الحكم الأغلب ، ولأنه يزول بذلك الاسم والمعنى المراد به ونحو هذا قول أصحاب الرأي يزادوا فقالوا إن كانت لبن قد تمت اللبن حتى

انضجت الطعام أو حتى تغير فليس برضاع ، ووجه الاول أن اللبن متى كان طاهراً فقد حصل شربه ويحصل منه انبات اللحم وانشاز العظم فحرم كما لو كان غالباً وهذا فيما اذا كانت صفات اللبن باقية ، فأما ان صب في ماء كثير لم يتغير به لم يثبت به التحريم لأن هذا ليس بلبن مشوب ولا يحصل به التغذى ولا انبات اللحم ولا انشاز العظم .

وحكى عن القاضى أن التحريم يثبت به وهو قول الشافعى لأن أجزاء اللبن حصلت في بطنه فأشبهه ما لو كان لونه ظاهراً .

ولنا أن هذا ليس برضاع ولا في معناه فوجب أن لا يثبت حكمه فيه (فصل) وان حلب من نسوة وسقيه الصبي فهو كما لو ارتضع من كل واحدة منهن لانه لو شيب بماء أو غسل لم يخرج عن كونه رضاعاً محرماً فكذلك اذا شيب بلبن آخر .

« مسألة ، قال (ويحرم لبن الميتة كما يحرم لبن الحية لأن اللبن لا يموت)

المنصوص عن أحمد في رواية ابراهيم الحربي أنه ينشر الحرمة وهو اختيار أبي بكر وهو قول أبي ثور والأوزاعي وابن القاسم وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال الخلال لا ينشر الحرمة وتوقف عنه أحمد في روايته منها وهو مذهب الشافعى لأنه لبن ممن ليس بمحل للولادة فلم يتعلق به التحريم كلبن الرجل .

ولنا أنه وجد الارتضاع على وجه ينبت اللحم وينشر العظم من امرأة فثبت التحريم كما لو كانت حية ، ولأنه لا فارق بين شربه في حياتها وموتها الا الحياة والموت أو النجاسة وهذا لا أثر له ، فان اللبن لا يموت والنجاسة لا تمنع كما لو حلب في وعاء نجس ، ولأنه لو حلب منها في حياتها فشربه بعد موتها لنشر الحرمة وبقاؤه في ثديها لا يمنع ثبوت الحرمة لأن ثديها لا يزيد على الإناء في عدم الحياة وهي لا تزيد على عظم الميتة في ثبوت النجاسة .

(فصل) ولو حلبت المرأة لبنها في أثناء ثم ماتت فشربه صبي نشر الحرمة في قول كل من جعل الوجور محرماً ، وبه قال أبو ثور والشافعى وأصحاب الرأي وغيرهم وذلك لانه لبن امرأة في حياتها فأشبهه ما لو شربه وهي في الحياة .

« مسألة ، قال (وإذا حملت من يلحق نسب ولدها به فثاب لها لبن فارضعت به طفلا خمس رضعات متفرقات في حواين حرمت عليه وبناتها من أبي هذا الحمل ومن غيره وبنات أبي هذا الحمل منها ومن غيرها ، وإن أرضعت صبية فقد صارت ابنة لها ولزوجها لأن اللبن من الحمل الذي هو منه)

وجملة ذلك أن المرأة إذا حملت من رجل وثاب لها لبن فارضعت به طفلا رضاعا محرما صار الطفل المرتضع ابنا للرضعه بغير خلاف ، وصار أيضا ابنا لمن ينسب الحمل اليه فصار في التحريم وإباحة الخلوة ابنا لها وأولاده من البنين والبنات أولاد أولادها وإن نزلت درجاتهم ، وجميع أولاد المرضعة من زوجها ومن غيره وجميع أولاد الرجل الذي انتسب الحمل اليه من المرضعه ومن غيرها إخوة المرتضع وأخواته ، وأولاد أولادها أولاد إخوته وأخواته وإن نزلت درجاتهم . وأم المرضعة جدته وأبوها جده وأخوتها أخواله وأخواتها خالاته وأبو الرجل جده ، وأمه جدته وأخوته أعمامه وإخواته عماته وجميع أقاربهما ينتسبون إلى المرتضع كما ينتسبون إلى ولدهما من النسب لأن اللبن الذي ثاب للمرأة مخلوق من ماء الرجل والمرأة فنشر التحريم اليهما ونشر الحرمة إلى الرجل وإلى أقاربه ، وهو الذي يسمى لبن الفحل ، وفي التحريم به اختلاف ذكرناه في باب ما يحرم نكاحه .

والجمع بينه والحجة القاطعة فيه ما روت عائشة « أن أفلح أخا أبي القعيس استأذن على بعد ما أنزل الحجاب فقلت والله لا آذن له حتى استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن أخا أبي القعيس ليس هو أرضعني ولكن أرضعتني امرأة أبي القعيس فدخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله إن الرجل ليس هو أرضعني ولكن أرضعتني امرأته قال : أئذني له فإنه عمك تربت يمينك ، قال عروة فبذلك كانت عائشة تأخذ بقول « حرموا من الرضاع ما يحرم من النسب » متفق عليه .

وسئل ابن عباس عن رجل تزوج امرأتين فأرضعت أحدهما جارية والآخرى غلاما هل يتزوج الغلام بالجارية ؟ فقال لا ، اللقاح واحد .

قال مالك : اختلف قديماً في الرضاعة من قبل الأب ونزل برجال من أهل المدينة في أزواجهم ، منهم محمد بن المنكدر وابن أبي حبيبة ، فاستفتوا في ذلك فاختلف عليهم فقارقوا زوجاتهم . فأما المرتضع فإن الحرمة تنتشر إليه وإلى أولاده وإن نزلوا ولا تنتشر إلى من في درجته من إخوته وأخواته ، ولا إلى أعلى منه كآبيه وأمه وأعمامه وعماته وأخواله وخالاته وأجداده وجداته ، فلا يحرم على المرتضعة نكاح أبي الطفل المرتضع ولا أخيه ولا عمه ولا خاله ، ولا يحرم على زوجها نكاح أم الطفل المرتضع ولا أخته ولا عمته ولا خالته . ولا بأس أن يتزوج أولاد المرتضعة وأولاد زوجها إخوة الطفل المرتضع وأخواته

قال أحمد : لا بأس أن يتزوج الرجل أخت أخته من الرضاع ليس بينهما رضاع ولا نسب ، وإنما الرضاع بين الجارية وأخته .

إذا ثبت هذا فإن من شرط تحريم الرضاع أن يكون في الحولين . وهذا قول أكثر أهل العلم ، روى نحو ذلك عن عمرو وعلي وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وأزواج النبي (ص) سوى عائشة ، وإليه ذهب الشعبي وابن شبرمة والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور . ورواية عن مالك فروى عنه : إن زاد شهراً جاز ، وروى شهران .

وقال أبو حنيفة يحرم الرضاع في ثلاثين شهراً لقوله سبحانه (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) ولم يرد بالحمل حمل الاحشاء لأنه يكون سنتين ، فعلم أنه أراد الحمل في الفصال . وقال زفر : مدة الرضاع ثلاث سنين وكانت عائشة ترى رضاعة الكبيرة تحرم . ويروى هذا عن عطاء والليث وداود لما روى أن سهلة بنت سهيل قالت « يا رسول الله إنا كنا نرى سالماً ولداً فكان يأوى معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ويراني فضلاً ، وقد أنزل الله فيهم ما قد علمت فكيف ترى فيه ؟ فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم : أرضعيه فأرضعته خمس رضعات ، فكان بمنزلة ولدها فبذلك كانت عائشة تأخذ ، تأمر بنات أخواتها وبنات إخوتها يرضعن من أحببت عائشة أن يراها ويدخل عليها ، وإن كان كبيراً خمس رضعات ، وأبت ذلك أم سلمة وسائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس حتى يرضع في المهد ، وقلن لعائشة : والله ما ندرى لعلها رخصة من النبي

صلى الله عليه وسلم له الم دون الناس ؟ ، رواه النسائي وأبو داود وغيرهما .
ولنا قول الله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) فجعل تمام الرضاعة حولين ، فبدل على أنه لا حكم لها بعدها ،
وعن عائشة ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليها وعندها رجل فتغير
وجه النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله إنه أخى من الرضاعة ، فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم : انظرن من إخوانكن ، فإنما الرضاعة من المجاعة ،
متفق عليه ، وعن أم سلمة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يحرم من
الرضاع إلا ما فتح الأمعاء وكان قبل الفطام ، أخرجه الترمذى وقال حديث حسن
صحيح ، وعند هذا يتعين حمل خبر أبي حنيفة على أنه خاص له دون الناس كما قال سائر
أزواج النبي صلى الله عليه وسلم

وقول أبي حنيفة تحكم يخالف ظاهر الكتاب وقول الصحابة . فقد روينا عن
علي وابن عباس : أن المراد بالحمل حمل البطن ، وبه استدل على أن أقل مدة الحمل
سنة أشهر ، وقد دل على هذا قول الله تعالى (ونصالة في عامين) فلو حمل على
ما قاله أبو حنيفة لكان مخالفاً لهذه الآية

إذا ثبت هذا فالاعتبار بالعامين لا بالفطام ، فلو فطم قبل الحولين ثم ارتضع
فيها لحصل التحريم ، ولو لم يفظم حتى تجاوز الحولين ثم ارتضع بعدها قبل الفطام
لم يثبت التحريم ، وقال ابن القاسم صاحب مالك لو ارتضع بعد الفطام في الحولين
لم تحرم عليه لقوله عليه السلام : وكان قبل الفطام ،

ولنا قول الله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) وروى
عنه عليه السلام : لا رضاع إلا ما كان في الحولين ، والفطام معتبر بمدته لا بنفسه
قال أبو الخطاب : لو ارتضع بعد الحولين بساعة لم يحرم

وقال القاضى : لو شرع في الخامسة فحال الحول قبل كمالها لم يثبت التحريم . ولا يصح
هذا لأن ما وجد من الرضعة في الحولين كاف في التحريم ، بدليل ما لو انفصل عما
بعده فلا ينبغي أن يسقط حكم بإيصال ما لا أثر له به ، واشترط الحرقى نشر
الحرمة بين المرتضع وبين الرجل الذى تاب اللبن بوطئه : أن يكون لبن حمل ينتسب
إلى الواطئ . إما لكون الوطء في نكاح أو ملك يمين أو شبهة

فأما ابن الزاني أو النافي للولد باللعان فلا ينشر الحرمة بينهما في مفهوم كلام الخرقى ، وهو قول أبي عبد الله بن حامد ومذهب الشافعى

وقال أبو بكر عبد العزيز : تنتشر الحرمة بينهما لأنه معنى ينشر الحرمة ، فاستوى في ذلك مباحه ومحظوره كالوطء ، يحققه أن الواطيء حصل منه ابن وولد ثم إن الولد ينشر الحرمة بينه وبين الواطيء كذلك اللبن ، ولأنه رضاع ينشر الحرمة إلى المرضعة فنشرها إلى الواطيء كصورة الإجماع

ووجه القول الأول أن التحريم بينهما فرع لحرمة الأبوة فلما لم تثبت حرمة الأبوة لم يثبت ما هو فرع لها ، ويفارق تحريم ابنته من الزنا لأنها من نطفته حقيقة بخلاف مسألتنا ، ويفارق تحريم المصاهرة فإن التحريم ثم لا يقف على ثبوت النسب ، ولهذا تحرم أم زوجته وابنتها من غير نسب ، وتحريم الرضاع مبنى على النسب ، ولهذا قال عليه السلام : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ،

فأما المرضعة فإن الطفل المرتضع محرم عليها ومنسوب إليها عند الجميع . وكذلك يحرم جميع أولادها وأقاربها الذين يحرمون على أولادها على هذا المرتضع كما في الرضاع باللبن المباح ، وإن كان المرتضع جارية حرمت على الملاءن بغير خلاف أيضا لأنها ربيته فإنها بنت امرأته من الرضاع ، وتحرم على الزاني عند من يرى تحريم المصاهرة ، وكذلك يحرم بناتها وبنات المرتضع من الغلمان لذلك (فصل)

وإذا وطئ رجلان امرأة فأتت بولد فأرضعت بلبنه طفلا صار ابنا لمن ثبت نسب المولود منه ، سواء ثبت نسبه منه بالقافة أو غيرها ، وإن ألحقته القافة بها صار المرتضع ابنا لها ، فالمرتضع في كل موضع تبع للناسب ، فتنى لحق المناسب بشخص فالمرتضع مثله ، وإن اتقى المناسب عن أحدهما فالمرتضع مثله لأنه بلبنه ارتضع وحرمة فرع على حرمة ، وإن لم يثبت نسبه منها لتذر القافة أو لاشتباهه عليهم ونحو ذلك حرم عليها تغليبا للحظر لأنه يحتمل أن يكون منها ويحتمل أن يكون أحدهما فيحرم عليه أقاربه دون أقارب الآخر وقد اختلطت أخته بغيرها فحرم الجميع كما لو علم أخته بعينها ثم اختلطت بأجنبيات ، وإن اتقى عنها جميعا بأن تأنى به لدون ستة أشهر من وطئها أو لأكثر من أربع سنين أو

لدون ستة أشهر من وطء أحدهما أو لاكثر من أربع سنين من وطء الآخر اتقى المرتضع عنهما أيضا . فإن كان المرتضع جارية حرمت عليهما تحريم المصاهرة ويحرم أولادهما عليهما أيضا لأنها ابنة موطوءتهما فهي ربيبة لهما .

(فصل) ولا تنتشر الحرمة بغير لبن الأدمية بحال فلو ارتضع اثنان من لبن بهيمة لم يصيرا أخوين في قول عامة أهل العلم منهم الشافعي وابن القاسم وأبو ثور وأصحاب الرأي ولو ارتضعا من رجل لم يصيرا أخوين ولم تنتشر الحرمة بينه وبينهما في قول عامتهم .

وقال الكرابيسي يتعلق به التحريم لأنه لبن آدمي أشبه لبن الأدمية ، وحكى عن بعض السلف أنهما إذا ارتضعا من لبن بهيمة صاروا أخوين وليس بصحيح لأن هذا لا يتعلق به تحريم الأمومة فلا يثبت به تحريم الأخوة لأن الأخوة فرع على الأمومة ، وكذلك لا يتعلق به تحريم الأبوة لذلك ولأن هذا اللبن لم يخلق لغذاء المولود فلم يتعلق به التحريم كسائر الطعام فإن ثاب الخنثى مشكل لبن لم يثبت به التحريم لأنه لم يثبت كونه امرأة فلا يثبت التحريم مع الشك ، وقال ابن حامد يقف الأمر حتى ينكشف أمر الخنثى فعلى قوله يثبت التحريم إلا أن يتبين كونه رجلا لأنه لا يأمن كونه محرما .

(فصل) وإن ثاب لإمرأة لبن من غير وطء فأرضعت به طفلا نشر الحرمة في أظهر الروايتين وهو قول ابن حامد ومذهب مالك والثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وكل من يحفظ عنه ابن المنذر لقول الله تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم) ولأنه لبن امرأة فتعلق به التحريم كما لو ثاب بوطء ، ولأن ألبان النساء خلقت لغذاء الاطفال فإن كان هذا نادرا فجنسه معتاد .

والرواية الثانية : لا تنتشر الحرمة لأنه نادر لم تجر العادة به لتغذية الاطفال فأشبه لبن الرجال والاول أصح .

(فصل) إذا كان لرجل خمس أمهات أولاده منهن لبن فارتضع طفل من كل واحدة منهن رضعة لم يصرن أمهات له وصار المولى أباً له ، وهذا قول ابن حامد لأنه ارتضع من لبنه خمس رضعات ، وفيه وجه آخر لا تثبت الأبوة ، لأنه رضاع لم يثبت الأمومة فلم يثبت الأبوة كالارتضاع بلبن الرجل والاول أصح فإن الأبوة

انما تثبت لكونه رضع من لبنه لا لكون المرضة أمّاً له ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين ، واذا قلنا بثبوت الابوة حرمت عليه المرضعات ، لأنه ريديهن وهن موطوءات أبيه ، وان كان لرجل خمس بنات فأرضعن طفلاً كل واحدة رضعة لم يصرن أمهات له ، وهل يصير الرجل جداً له وأولاده أخوالاً له وخالات ؟ على وجهين .

أحدهما : يصير جداً وأخوه من خالا لأنه قد كمل للرتضع خمس رضعات من لبن بناته أو أخواته فاشبه ما لو كان من واحدة والآخر لا يثبت ذلك لان كونه جداً فرع كون ابنته أمّاً وكونه خالا فرع كون أخته أمّاً ولم يثبت ذلك فلا يثبت الفرع ، وهذا الوجه يترجح في هذه المسألة لان الفرعية متحققة بخلاف التي قبلها فإن قلنا : يصير أخوه من خالا لم تثبت الختولة في حق واحدة منهم لانه لم يرتضع من لبن أخواتها خمس رضعات ، ولكن يحتمل التحريم لانه قد اجتمع من اللبن المحرم خمس رضعات . ولو كمل للطفل خمس رضعات من أمه وأخته وابنته وزوجته وزوجة أية من كل واحدة رضعة خرج على الوجهين .

(فصل) اذا كان لامرأة لبن من زوج فأرضعت طفلاً ثلاث رضعات وانقطع لبنها فتزوجت آخر فصار له منه لبن فأرضعت منه الصبي رضعتين صارت أمّاً له بغير خلاف علمناه عند القائلين بأن الخمس محرمات ، ولم يصير واحد من الزوجين أباً له لأنه لم يكمل عدد الرضاع من لبنه ويحرم على الرجلين لكونه ريديهما لا لكونه ولدهما .

« مسألة ، قال (ولو طلق زوجته ثلاثاً وهي ترضع من لبن ولده فتزوجت بصبي مرضع فأرضعته فحرمت عليه ثم تزوجت بآخر ودخل بها ووطئها ثم طلقها أو مات عنها لم يحز أن يتزوجها الاول لانها صارت من حلائل الابناء لما أرضعت الصبي الذي تزوجت به) »

هذه المسألة من فروع المسألة التي قبلها وهو أن المرتضع يصير ابناً للرجل الذي تاب اللبن بوطئه ، فهذه المرأة لما تزوجت صبيّاً ثم أرضعته بلبن مطلقها صار ابناً لمطلقها فحرمت عليه لانها أمه وبانت منه وكانت زوجة له فصارت زوجة لابن مطلقها

فحرمت على الأول على التأييد لكونها صارت من حلائل أبنائه ، ولو تزوجت امرأة صبيا فوجدت به عيبا ففسخت نكاحه ثم تزوجت كبيرا فصار لها منه لبن فأرضعت به الصبي خمس رضعات حرمت على زوجها لأنها صارت من حلائل أبنائه ولو زوج الرجل أم ولده أو أمته بصبي مملوك فأرضعته بلبن سيدها خمس رضعات انفسخ نكاحه وحرمت على سيدها على التأييد لأنها صارت من حلائل أبنائه ، فإن كان الصبي حراً لم يتصور هذا الفرع لم يصح نكاحه لأن من شرط جواز نكاح الحر الأمة خوف العنت ولا يوجد ذلك في الطفل فإن زوج بها كان النكاح فاسداً وإن أرضعته لم تحرم على سيدها لأنه ليس بزواج في الحقيقة .

(فصل) وإذا طلق الرجل زوجته ولها منه لبن فتزوجت آخر لم يخل من خمسة أحوال . أحدها . أن يبقى لبن الأول بحاله لم يزد ولم ينقص ولم تلد من الثاني فهو الأول سواء حملت من الثاني أو لم تحمل لأن علم فيه خلافاً لأن اللبن كان للأول ولم يتجدد ما يجعله من الثاني فبقي للأول . الثاني : أن لا تحمل من الثاني فهو الأول سواء زاد أو لم يزد أو انقطع ثم عاد أو لم ينقطع . الثالث : أن تلد من الثاني فاللبن له خاصة .

قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه وهو قول أبي حنيفة والشافعي سواء زاد أو لم يزد انقطع أو اتصل لأن لبن الأول ينقطع بالولادة من الثاني فإن حاجة المولود إلى اللبن تمنع كونه لغيره . الحال الرابع : أن يكون لبن الأول ماقباً وزاد بالحمل من الثاني فاللبن منهما جميعاً في قول أصحابنا ، وقال أبو حنيفة : هو للأول ما لم تلد من الثاني .

وقال الشافعي : أن لم ينته الحمل إلى حال ينزل منه اللبن فهو الأول فإن بلغ إلى حال ينزل به اللبن فزاد به ففيه قولان أحدهما هو للأول والثاني هو لها . ولنا أن زيادته عند حدوث الحمل ظاهر في أنها منه وبقاء لبن الأول يقتضي كون أصله منه فيجب أن يضاف إليهما كما لو كان الولد منهما ، الحال الخامس : انقطع من الأول ثم تاب بالحمل من الثاني ، فقال أبو بكر : هو منهما وهو أحد أقوال الشافعي إذا انتهى الحمل إلى حال ينزل به اللبن وذلك لأن اللبن كان للأول فلما عاد بحدوث الحمل فالظاهر أن ابن الأول تاب بسبب الحمل الثاني فكان مضافاً

اليهما كما لو لم ينقطع . واختار أبو الخطاب أنه من الثاني وهو القول الثاني للشافعي لان لبن الاول انقطع فزال حكمه بانقطاعه وحدث بالحمل من الثاني فكان له كما لو لم يكن لها لبن من الأول . وقال أبو حنيفة : هو للأول مالم تلد من الثاني وهو القول الثالث للشافعي لأن الحمل لا يقتضى اللبن وإنما يخلقه الله تعالى للولد عند وجوده لحاجته اليه والكلام عليه قد سبق .

« مسألة ، قال (ولو تزوج كبيرة وصغيرة ولم يدخل بالكبيرة حتى أرضعت الصغيرة في الحولين حرمت عليه الكبيرة وثبت نكاح الصغيرة ، وإن كان دخل بالكبيرة حرمتا عليه جميعا ويرجع بنصف مهر الصغيرة على الكبيرة)

نص أحمد على هذا كله ، في هذه المسألة فصول أربعة .

الأول : أنه متى تزوج كبيرة وصغيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة قبل دخوله بها فسد نكاح الكبيرة في الحال وحرمت على التأيد وبهذا قال الثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي .

وقال الأوزاعي : نكاح الكبيرة ثابت وتنزع منه الصغيرة ، وليس بصحيح فإن الكبيرة صارت من أمهات النساء فتحرم ابتداء لقول الله سبحانه (وامهات نسائكم) ولم يشترط دخوله بها ، فأما الصغيرة ففيها روايتان .
إحداهما : نكاحها ثابت لأنها ربيبة ولم تدخل بأمها فلا تحرم لقول الله سبحانه (فإن لم تكونوا دخانم بهن فلا جناح عليكم) .

والرواية الثانية : ينفسخ نكاحها وهو قول الشافعي وأبي حنيفة لانهما صارتا أما وبنتا واجتمعتا في نكاحه ، والجمع بينهما محرم فانفسخ نكاحهما كما لو صارتا اختين وكما لو عقد عليهما بعد الرضاع عقداً واحداً .

ولنا انه امكن ازالة الجمع بانفساخ نكاح الكبيرة وهي اولى به لان نكاحها محرم على التأيد فلم يبطال نكاحهما به كما لو ابتداء العقد على اخته واجنبية ، ولأن الجمع طراً على نكاح الأم والبنت فاخص الفسخ بنكاح الأم كما لو اسلم وتحت امرأة وبنتها ، وفارق الاختين لأنه ليست احداهما اولى بالفسخ من الأخرى ، وفارق ما لو ابتداء العقد عليهما لان الدوام اقوى من الابتداء .

(الفصل الثاني)

إنه إن كان دخل بالكبيرة حرمتا جميعاً على الأبد وانفسخ نكاحهما ، لأن
الكبيرة صارت من أمهات النساء والصغيرة ربينة قد دخل بأمها فتحرم تحريراً
مؤبداً ، وإن كان الرضاع بلبنه صارت الصغيرة بنتاً محرمة عليه لوجهين : لكونها
بنته وربيتة التي دخل بأمها .

الفصل الثالث : أن عليه نصف مهر الصغيرة لأن نكاحها انفسخ قبل دخوله
بها من غير جهتها ، والفسخ إذا جاء من أجنبي كان كطلاق الزوج في وجوب
الصداق عليه ، ولا مهر للكبيرة إن لم يكن دخل بها ، لأن فسخ نكاحها بسبب
من جهتها فسقط صداقها كما لو ارتدت ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور
وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً ، وإن كان دخل بالكبيرة لم يسقط مهرها ،
لأنه استقر بدخوله بها استقراراً لا يسقطه شيء : ولذلك لا يسقط بردها
ولا بغيرها .

الفصل الرابع : أنه يرجع على الكبيرة بما لزمه من صداق الصغيرة ، وبهذا
قال الشافعي . وحكى عن بعض أصحابه أنه يرجع بجميع صداقها لأنها أتلفت البضع
فوجب ضمانه ، وقال أصحاب الرأي : إن كانت المرضعة أرادت الفساد رجع
عليها بنصف الصداق ، والا فلا يرجع بشيء .
وقال مالك : لا يرجع بشيء .

ولنا على أنه يرجع عليها بالنصف أنها قررت عليه وألزمته إياه وأتلفت عليه ما في
مقابلته فوجب عليها الضمان كما لو أتلفت عليه المبيع .
ولنا على أبي حنيفة : أن ما ضمن في العمد ضمن في الخطأ كالمال ، ولأنها
أفسدت نكاحه وقررت عليه نصف الصداق فلزمها ضمانه كما لو قصدت الفساد .
ولنا على أن الزوج إنما يرجع بالنصف أن الزوج لم يغرم إلا النصف فلم يجب
له أكثر مما غرم ، ولأنه بالفسخ يرجع إليه بدل النصف الآخر ، فلم يجب له بدل
ما أخذ بدله مرة أخرى ، ولأن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له ، وإنما
ضمنت المرضعة ههنا لما ألزمت الزوج ما كان معرضاً للسقوط بسبب وجود من
الزوجة فلم يرجع ههنا بأكثر مما ألزمته

(فصل) والواجب نصف المسمى لانصف مهر المثل لأنه إنما يرجع بما غرم والذي غرم نصف ما فرض لها فرجع به ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي يرجع بنصف مهر المثل لأنه ضمان متلف . فكان الاعتبار بقيمته دون ما ملكه به كسائر الأعيان .

ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له ، بدليل ما لو قتلت نفسها أو ارتدت أو أرضعت من ينفسخ نكاحها بإرضاعه فإنها لا تغرم له شيئاً . وإنما الرجوع هنا بما غرم فلا يرجع بغيره ، ولأنه لو رجع بقيمة المتلف لرجع بمهر المثل كله ولم يختص بنصفه لأن التلف لم يختص بالنصف ، ولأن شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا لزمهم نصف المسمى كذا هنا .

(فصل) وكل امرأة تحرم بنتها إذا أرضعت زوجها الصغيرة أفسدت نكاحه وحرمتها عليه ولزمها نصف الصداق ، فإن أرضعتها أمه صارت أخته ، وإن أرضعتها جدته صارت عمته أو خالته ، وإن أرضعتها أخته صارت بنت أخته ، وكل امرأة تحرم بنت زوجها إذا أرضعتها بلبن زوجها حرمتها عليه وعليها نصف مهرها كأمراة ابنه وأمراة أبيه وأمراة أخيه وأمراة جده لأنها إن أرضعتها أمراة أبيه بلبنه صارت أخته وإن أرضعتها أمراة ابنه صارت بنت أبيه ، وإن أرضعتها أمراة أخيه صارت بنت أخيه ، وإن أرضعتها أمراة جده بلبنه صارت عمته أو خالته ، وإن أرضعتها أمراة أحد هؤلاء بلبن غيره لم تحرم عليه لأنها صارت ربيبة زوجها ، وإن أرضعتها من لا تحرم بنتها كعمته وخالته لم تحرمها عليه ، ولو تزوج ابنة عمه فأرضعت جدتها أحدهما صغيراً انفسخ النكاح لأنها إن أرضعت الزوج صار عم زوجها ، وإن أرضعت الزوجة صارت عمه ، وإن أرضعتها جميعاً صار كل واحد منهما عم الآخر ، وإن تزوج بنت عمته فأرضعت جدتها أحدهما صغيراً انفسخ النكاح . لأنها إن أرضعت الزوج صار خالاً لها ، وإن أرضعت الزوجة صارت عمته ، وإن تزوج ابنة خاله فأرضعت جدتها الزوج صار عم زوجته ، وإن أرضعتها صارت خالته ، وإن تزوج ابنة خالته فأرضعت الزوج صار خال زوجته ، وإن أرضعتها صارت خالة زوجها .

(فصل) وإن تزوج كبيرة ثم طلقها فأرضعت صغيرة بلبنه صارت بنتاً له ،

وان أرضعتها بلبن غيره صارت ربيبة، فإن كان قد دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة على التأييد، وان كان لم يدخل بها لم تحرم لأنها ربيبة لم يدخل بأمها، وان تزوج صغيرة ثم طلقها فأرضعتها امرأة حرمت المرضعة على التأييد لأنها من أمهات نسائه وان تزوج كبيرة وصغيرة ثم طلق الصغيرة فأرضعتها الكبيرة حرمت الكبيرة وانفسخ نكاحها، وان كان لم يدخل بها فلا مهر لها وله نكاح الصغيرة، وان كان دخل بها فلها مهرها وتحرم هي والصغيرة على التأييد، وإن طلق الكبيرة وحدها قبل الرضاع فأرضعت الصغيرة ولم يكن دخل بالكبيرة ثبت نكاح الصغيرة، وإن كان دخل بها حرمت الصغيرة وانفسخ نكاحها ويرجع على الكبيرة بنصف صداقها، وإن طلقهما جميعا فالحكم في التحريم على ما مضى . ولو تزوج رجل كبيرة وآخر صغيرة ثم طلقاهما ونكح كل واحد منهما زوجة الآخر ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة حرمت عليهما الكبيرة وانفسخ نكاحها : وإن كان زوج الصغيرة دخل بالكبيرة حرمت عليه وانفسخ نكاحها والا فلا .

(فصل)

وان أرضعت بنت الكبيرة الصغيرة فالحكم في التحريم والفسخ حكم ما لو أرضعتها الكبيرة لأنها صارت جدتها، والرجوع بالصداق على المرضعة التي أفسدت النكاح، وان أرضعتها أم الكبيرة انفسخ نكاحها معا لأنها صارتا أختين، فإن كان لم يدخل بالكبيرة فله أن ينكح من شاء منهما ويرجع على المرضعة بنصف صداقها، وان كان قد دخل بالكبيرة فله نكاحها، لأن الصغيرة لأعدة عليها، وليس له نكاح الصغيرة حتى تنقضي عدة الكبيرة، لأنها قد صارت أختها فلا ينكحها في عدتها، وكذلك الحكم ان أرضعتها جدة الكبيرة لأنها تصير عمه الكبيرة أو خالتها والجمع بينهما محرم، وكذلك الحكم ان أرضعتها أختها أو زوجة أخيها بلبنه لأنها صارت بنت أخت الكبيرة أو بنت أخيه، وكذلك ان أرضعتها بنت أخيها أو بنت أختها، ولا يحرم في شيء من هذا واحدة ممن على التأييد لأنه تحريم جمع الا اذا أرضعتها بنت الكبيرة وقد دخل بأمها .

(فصل) ومن أفسد نكاح امرأة بالرضاع قبل الدخول غرم نصف صداقها وان كان بعد الدخول فنص أحد على أنه يرجع عليه بالمهر كله : وهو مذهب

الشافعي لأن المرأة تستحق المهر كله على زوجها فترجع بما لزمه كنصف المهر في غير المدخول بها .

والصحيح ان شاء الله تعالى انه لا يرجع على المرضعة بعد الدخول بشيء لأنها لم تقرر على الزوج شيئاً ولم تلزمه اياه فلم يرجع عليها بشيء ، كما لو أفسدت نكاح نفسها ، ولأنه لو ملك الرجوع بالصداق بعد الدخول لسقط اذا كانت المرأة هي المفسدة للنكاح كالنصف قبل الدخول ، ولان خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم على ما ذكرناه فيما مضى ، ولذلك لا يجب مهر المثل ، وانما رجع الزوج بنصف المسمى قبل الدخول لأنها قررتة عليه ، ولذلك يسقط اذا كانت هي المفسدة لنكاحها ولم يوجد ذلك ههنا : وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، ولأنه لو رجع بالمهر بعد الدخول لم يخل اما ان يكون رجوعه ببدل البضع الذي فوتته أو بالمهر الذي أداه ، لا يجوز ان يكون ببدل البضع لانه لو وجب بدله لوجب له على الزوجة اذا فات بفعلها أو بقتلها ، ولكان الواجب لها مهر مثلها ، ولا يجوز ان يجب له بدل ما أداه اليها لذلك ، ولأنها ما أوجبته ولا لها أثر في ايجابه ولا أدائه ولا تقريره

ولا نعلم بينهم خلافا في انها اذا افسدت نكاح نفسها بعد الدخول انه لا يسقط مهرها ولا يرجع عليها بشيء ان كان أداه اليها ؛ ولا في انها اذا أفسدته قبل الدخول انه يسقط صداقها وانه يرجع عليها بما أعطاهما .

فلو دبت صغيرة الى كبيرة فارتضعت منها خمس رضعات وهي نائمة وهما زوجتا رجل انفسخ نكاح الكبيرة وحرمت على التأيد ، فإن كان دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة وانفسخ نكاحها ، ولا مهر للصغيرة لأنها فسخت نكاح نفسها وعليه مهر الكبيرة يرجع به على الصغيرة عند أصحابنا ، ولا يرجع به على ما اخترناه وان لم يكن دخل بالكبيرة فعليه نصف صداقها يرجع به على مال الصغيرة لأنها فسخت نكاحها . وان ارتضعت الصغيرة منها رضعتين وهي نائمة ، ثم انتبعت الكبيرة فأنمت لها ثلاث رضعات فقد حصل الفساد بفعلهما ، فينقسط الواجب عليهما . وعليه مهر الكبيرة وثلاثة أعشار مهر الصغيرة يرجع به على الكبيرة ،

وان لم يكن دخل بالكبيرة فعليه خمس مهرها يرجع به على الصغيرة، وهل يفسخ نكاح الصغيرة؟ على روايتين :

(فصل) وان أفسد النكاح جماعة تقسط المهر عليهم ، فلو جاء خمس فسقين زوجة صغيرة من لبن أم الزوج خمس مرات انفسخ نكاحها ولزمهن نصف مهرها بينهما ، فإن سقتها واحدة شريتين وأخرى ثلاثا فعلى الاولى الخمس وعلى الثانية خمس وعشر . وان سقتها واحدة شريتين وسقاها ثلاث ثلاث شربات فعلى الاولى الخمس وعلى كل واحدة من الثلاث عشر ، وان كان له ثلاث نسوة كبار وواحدة صغيرة فأرضعت كل واحدة من الثلاث الصغيرة أربع رضعات ثم حلبن في اثناء وسقينه الصغيرة حرم الكبار وانفسخ نكاحهن ، فإن لم يكن دخل بهن فنكاح الصغيرة ثابت على احدى الروايتين وعليه لكل واحدة منهن ثلث صداقها ترجع به على ضرتها لان فساد نكاحها حصل بفعلها وفعلها فسقط ما قابل فعلها ، وهو سدس الصداق وبقي عليه الثلث فرجع به على ضرتها ، فإن كان صداقهن متساويا سقط ولم يجب شيء لانه يتقاص ما لها على الزوج بما يرجع به عليها اذ لا فائدة في ان يجب لها عليه ما يرجع به عليها ، وان كان مختلفا وهو من جنس واحد تقاصا منه بقدر اقلها ووجبت الفضلة به لصاحبها ، وان كان من أجناس ثبت التراجع على ما ذكرنا .

وان كان قد دخل ياحدى الكبار حرمت الصغيرة أيضا وانفسخ نكاحها ووجب لها نصف صداقها ترجع به عليهن أثلاثا وللتى دخل بها المهر كاملا وفي الرجوع به على ما أسلفناه من الخلاف . وان حلبن في اثناء فسقته احدا من الصغيرة خمس مرات كان صداق ضراتها يرجع به عليها ان كان قبل الدخول بهن لانها أفسدت نكاحهن ، ويسقط مهرها ان لم يكن دخل بها ، وان كان دخل بها فلها مهرها ولا ترجع به على احد ، وان سكنت كل واحدة من الكبار أرضعت الصغيرة خمس رضعات حرم الثلاث ، فإن كان لم يدخل بهن فلا مهر لهن عليه وان كان دخل بهن فعليه لكل واحدة مهرها لا يرجع به على احد وتحرم الصغيرة ويرجع بما لزمه من صداقها على المرضعة الاولى لانها التي حرمتها عليه وفسخت نكاحها ، ولو أرضعت الثلاث الصغيرة بلبن الزوج فأرضعتها كل واحدة رضعتين

صارت بنتا لزوجها في الصحيح ، وينفسخ نكاحها ويرجع بنصف صداقها عليهن ،
على المرصعتين الأوليين منه أربعة أخماسه وعلى الثالثة خمسة لأن رصعتها الأولى
حصل بها التحريم لكامل الخمس بها ، والثانية لا أثر لها في التحريم فلم يجب عليها
بها شيء ولا ينفسخ نكاح الأكبر لأنهن لم يصرن أمهات لها ، ولو كان لامراته
الكبيرة خمس بنات لهن ابن فأرصعن امراته الصغيرة رصناعا تصير به إحداهن
أماً لها لحرمته أمها وانفسخ نكاحها وهل ينفسخ نكاح الصغيرة ؟ على روايتين .
وإن أرصعت كل واحدة منهن الصغيرة رصنة فالصحيح أن الكبيرة لا تحرم
بهذا لأن كونها جدة يبني على كون ابنتها أماً وما صارت واحدة من بناتها أماً .
ويحتمل أن تحرم لأنه قد كمل لها من بناتها خمس رصنعات ، وكذلك الحكم
لو أرصعتها بنتها رصنة وبنت ابنها رصنة وبنات بناتها ثلاث رصنعات ،
ولو كمل لها من زوجته بلبنة ومن أمه وأختها وابنتها وابنة ابنه خمس رصنعات
فعلى الوجهين أصحهما لا يثبت تحريمها وفي الآخر يثبت ، فعلى هذا الوجه ينفسخ
نكاحها ويرجع عليهن بما غرم من صداقها على قدر رصناعهن .

فإن قيل فلم لا يرجع عليهن على عدد رموسهن لكون الرصناع مفسداً
فيستوى قليله وكثيره ، كما لو طرح النجاسة جماعة في مائع في حالة واحدة ؟
قلنا لأن التحريم يتعلق بعدد الرصنعات فكان الضمان متعلقاً بالعدد بخلاف
النجاسة فإن التنجيس لا يتعلق بقدر فيستوى قليله وكثيره ليكون القليل والكثير
سواء في الفساد ، فنظير ذلك أن يشرب في الرصنة من إحداهما أكثر مما
يشرب من الأخرى .

(فصل) إذا كانت له زوجة أمة فأرصعت امراته الصغيرة فحرمتهما عليه
وفسخت نكاحهما كان ما لزمه من صداق الصغيرة له في رقبة الأمة لأن ذلك من
جنايتهما ، وإن أرصعتها أم ولده أفسدت نكاحها وحرمتهما عليه لأنها ربيبة دخل
بأمها وتحرم أم الولد عليه أبداً لأنها من أمهات نسائه ولا غرامة عليها لأنها
أفسدت على سيدها ، فإن كان قد كاتبها رجع عليها لأن المكاتبه يلزمها أرش
جنايتها ، وإن أرصعت أم ولده امرأة ابنه بلبنة فسخت نكاحها وحرمتهما عليه
لأنها صارت أخته ، وإن أرصعت زوجة أبيه بلبنة حرمتهما عليه لأنها صارت بنت

ابنه ويرجع الاب على ابنه بأقل الأمرين مما غرمه لزوجته أو قيمتها ، لأن ذلك من جنابة أم ولده ، وإن أرضعت واحدة منهما بغير ابن سيدها لم تحرمها لأن كل واحدة منهما صارت بنت أم ولده .

« مسألة ، قال (ولو تزوج بكبيرة وصغيرتين فأرضعت الكبيرة الصغيرتين حرمت عليه الكبيرة وانفسخ نكاح الصغيرتين ولا مهر عليه للكبيرة ويرجع عليها بنصف صداق الصغيرتين وله أن ينكح من شاء منهما) »

أما تحريم الكبيرة فلأنها صارت من أمهات النساء ، وأما انفساخ نكاح الصغيرتين فلأنهما صارتا أختين واجتمعتا في الزوجية فينفسخ نكاحهما كالأول أرضعتا معا ، ولا مهر للكبيرة لأن الفساد جاء من قبلها ، ويرجع عليها بنصف صداق الصغيرتين لأنها أفسدت نكاحهما ، وله أن ينكح من شاء منهما لأن انفساخ نكاحهما للجمع ولا يوجب تحريما مؤبدا وهذا على الرواية التي قلنا إنها إذا أرضعت الصغيرة اختص الفسخ بالكبيرة .

فأما على الرواية التي تقول ينفسخ نكاحهما معا فإنه يثبت نكاح الأخيرة من الصغيرتين لأن الكبيرة لما أرضعت الأولى انفسخ نكاحها ثم أرضعت الأخرى فلم تجتمع معها في النكاح فلم ينفسخ نكاحها ، فأما إن كان دخل بالكبيرة حرمت وحرمت الصغيرتان على التأيد ، لأنهما ريبتان قد دخل بأيهما .

(فصل) فإن أرضعت الصغيرتين أجنبية انفسخ نكاحهما أيضا ، وهذا قول أبي حنيفة والمزني وأحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر ينفسخ نكاح الأخيرة وحدها لأن سبب البطلان حصل بها وهو الجمع ، فأشبهه ما لو تزوج إحدى الأختين بعد الأخرى .

ولنا أنه جامع بين الأختين في النكاح فانفسخ نكاحهما ، كما لو أرضعتهما معا وفارق ما لو عقد على واحدة بعد الأخرى ، فإن عقد الثانية لم يصح فلم يصح به جامعا بينهما وهما حصل الجمع برضاع الثانية ولا يمكن القول بأنه لم يصح لخصلنا معا في نكاحه وهما أختان لا محالة .

(فصل) وإن أرضعتها بنت الكبيرة فالحكم في الفسخ كما لو أرضعته الكبيرة نفسها ، لأن الكبيرة تصير جدة لها ولكن الرجوع يكون على المرضعة المفسدة لنكاحهن .

(مسألة) قال (وإن كن الأصاغر ثلاثا فأرضعتن منفردات حرمت الكبيرة وانفسخ نكاح المرضعتين أولا وثبت نكاح آخرهن رضاعا ، فإن أرضعت إحداهن منفردة واثنين بعد ذلك معا حرمت الكبيرة وانفسخ نكاح الأصاغر وتزوج من شاء من الأصاغر ، وإن كان دخل بالكبيرة حرم الكل عليه على الأبد)

إنما حرمت الكبيرة لأنها صارت من أمهات النساء وانفسخ نكاح المرضعتين أولا لأنها صارتا أختين في نكاحه ، وثبت نكاح الأخيرة لأن رضاعها بعد انفساخ نكاح الصغيرتين اللتين قبلها فلم يصادف إختوتها جمعا في النكاح وإن أرضعت إحداهن منفردة واثنين بعد ذلك معا بأن تلقم كل واحدة منهما ثديا فيمتصان معا أو تحلب من لبنها في إناء فتسقيها انفسخ نكاح الجميع لأنهن صرن أخوات في نكاحه ، وله أن يتزوج من شاء من الأصاغر لأن تحريمهن تحريم جمع لا تحريم تأييد ، فإنهن ربائب لم يدخل بأهمن ، وإن دخل بالكبيرة حرم الكل على الأبد لأنهن ربائب مدخول بأهمن . هذا على الرواية الأولى ، وعلى الأخرى لما أرضعت الأولى انفسخ نكاحها ونكاح الكبيرة لأنها صارت أمها واجتمعتا في نكاحه ثم ارتضعت الثانية فلم ينفسخ نكاحها لأنها منفردة بالرضاع في النكاح ، فلما أرضعت الثالثة صارتا أختين فانفسخ نكاحهما .

(فصل) فإن أرضعتن بنت الكبيرة فهو كما لو أرضعتن أمها ، ولو كان لها ثلاث بنات فأرضعت كل واحدة منهن زوجة من الأصاغر حرمت الكبيرة بإرضاع أولاهن ويرجع على مرضعتها بما لزمه من مهرها لأنها أفسدت نكاحها ولا ينفسخ نكاح الأصاغر لأنهن لم يصرن أخوات وإنما هن بنات خالات ، وعلى الرواية الأخرى ينفسخ نكاح المرضعة الأولى لاجتماعها مع جدتها في النكاح ويثبت نكاح الأخيرتين ويرجع بما لزمه من مهر التي فسدت نكاحها على التي أرضعتها ،

وان كان دخل بالكبيرة حرم الكل عليه على الابد ورجع على كل واحدة بما لزمه من مهر التي أرضعتها ، وان قلنا إنه يرجع بمهر الكبيرة رجع به على المرضعة الأولى لأنها التي أفسدت نكاحها .

« مسألة ، قال (واذا شهدت امرأة واحدة على الرضاع حرم النكاح اذا كانت مرضية ، وقدرى عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى : ان كانت مرضية استحلفت فإن كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ثدياها وذهب في ذلك الى قول ابن عباس رضى الله عنهما)

وجملة ذلك : أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة في الرضاع إذا كانت مرضية ، وبهذا قال طاوس والزهرى والأوزاعى وابن أبي ذئب وسعيد بن عبد العزيز ، وعن أحمد رواية أخرى لا يقبل الا شهادة امرأتين وهو قول الحكم لأن الرجال أكمل من النساء ولا يقبل إلا شهادة رجلين فالنساء أولى .

وعن أحمد رواية ثالثة أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة وتستحلف مع شهادتها وهو قول ابن عباس وإسحاق لأن ابن عباس قال في امرأة زعمت أنها أرضعت رجلا وأهله فقال « إن كانت مرضية استحلفت وفارق امرأته ، وقال ان كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ثدياها ، يعنى يصيبها فيها برص عقوبة على كذبها وهذا لا يقتضيه قياس ولا يهتدى اليه رأى فالظاهر أنه لا يقوله إلا توقيفا . وقال عطاء وقتادة والشافعى لا يقبل من النساء أقل من أربع لأن كل امرأتين كرجل ، وقال أصحاب الرأى لا يقبل فيه إلا رجلان أو رجل وامرأتان ، وروى ذلك عن عمر لقول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان)

ولنا ما روى عقبة بن الحارث قال « تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب لجماء أمة سوداء فقالت : قد أرضعتكما فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال : وكيف وقد زعمت ذلك ؟ ، متفق عليه . وفي لفظ رواه النسائى قال « فأتيته من قبل وجهه فقلت : إنها كاذبة قال : كيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما ؟ خل سبيلها ، وهذا يدل على الاكتفاء بالمرأة الواحدة .

وقال الزهري : فرق بين أهل أبيات في زمن عثمان رضي الله عنه بشهادة امرأة في الرضاع ، وقال الأوزاعي : فرق عثمان بين أربعة وبين نساءهم بشهادة امرأة في الرضاع . وقال الشعبي : كانت القضاة تفرق بين الرجل والمرأة بشهادة امرأة واحدة في الرضاع ، ولأن هذا شهادة على عورة فقبل فيها شهادة النساء المنفردات كالولادة ، وعلى الشافعي بأنه معنى يقبل فيه قول النساء المنفردات فقبل فيه شهادة المرأة المنفردة كالحبر .

(فصل) ويقبل فيه شهادة المرضعة على فعل نفسها لما ذكرنا من حديث عقبة من أن الأمة السوداء قالت قد أرضعتكما فقبل النبي صلى الله عليه وسلم شهادتهما ولأنه فعل لا يحصل لها به نفع مقصود ولا تدفع عنها به ضرراً فقبلت شهادتها به كفعل غيرها . فإن قيل : فإنها تستبيح الخلوة به والسفر معه وتصير محرماً له ؟ قلنا : ليس هذا من الأمور المقصودة التي ترد بها الشهادة ، ألا ترى أن رجلين لو شهدا أن فلاناً طلق زوجته وأعتق أمته قبل شهادتهما وإن كان يحل لهما نكاحهما بذلك (فصل) ولا تقبل الشهادة على الرضاع إلا مفسرة فلو قالت أشهد أن هذا ابن هذه من الرضاع لا يقبل لأن الرضاع المحرم يختلف الناس فيه ، منهم من يحرم بالقليل ، ومنهم من يحرم بعد الحولين فلزم الشاهد تبين كيفية ليحكم الحاكم فيه باجتهاده فيحتاج الشاهد أن يشهد أن هذا ارتضع من ثدي هذه خمس رضعات متفرقات خلص اللبن فبين إلى جوفه في الحولين .

فإن قيل . خلوص اللبن إلى جوفه لا طريق له إلى مشاهدته ، فكيف تجوز الشهادة ؟ قلنا إذا علم أن هذه المرأة ذات ابن ورأى الصبي قد التقم ثديها وحرك فيه في الامتصاص وحلقه في الاجتراع حصل ظن يقرب إلى اليقين أن اللبن قد وصل إلى جوفه ، وما يتعذر الوقوف عليه بالمشاهدة اكتفى فيه بالظاهر كالشهادة بالملك وثبوت الدين في الذمة والشهادة على النسب بالاستفاضة .

ولو قال الشاهد : أدخل رأسه تحت ثيابها والتقم ثديها لا يقبل لأنه قد يدخل رأسه ولا يأخذ الثدي وقد يأخذ الثدي ولا يمس فلا بد من ذكر ما يدل عليه وإن قال أشهد أن هذه أرضعت هذا فالظاهر أنه يكتفى في ثبوت أصل الرضاع لأن المرأة التي قالت قد أرضعتكما اكتفى بقولها .

« مسألة ، قال (وإذا تزوج امرأة ثم قال قبل الدخول هي أختي من الرضاعة
انفسخ النكاح فان صدقته المرأة فلا مهر لها وان كذبت فلاها نصف المهر)

وجملته : ان الزوج إذا أقر أن زوجته أخته من الرضاعة انفسخ نكاحه
ويفرق بينهما ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إذا قال وهمت أو أخطأت
قبل قوله لا ، قوله ذلك يتضمن أنه لم يكن بينهما نكاح ولو جحد النكاح ثم
أقر به قبل . كذلك هنا

ولنا أنه أقر بما يتضمن تحريمها عليه فلم يقبل رجوعه عنه كما لو أقر بالطلاق
ثم رجع أو أقر أن أمته أخته من النسب ، وما قاسوا عليه غير مسلم ، وهذا الكلام
في الحكم فأما فيما بينه وبين ربه فينبئ ذلك على علمه بصدقة فان علم أن الأمر كما
قال فهي محرمة عليه ولا نكاح بينهما ، وان علم كذب نفسه فالنكاح باق بحاله
وقوله كذب لا يحرمها عليه لأن المحرم حقيقة الرضاعة لا القول وان شك في
ذلك لم نزل عن اليقين بالشك وقيل في حلها له إذا علم كذب نفسه روايتان :
والصحيح ما قلناه لأن قوله ذلك إذا كان كذبا لم يثبت التحريم كما لو قال لها وهي
أكبر منه هي ابنتي من الرضاعة .

إذا ثبت هذا : فإنه ان كان قبل الدخول وصدقته المرأة فلا شيء لها لأنها
اتفقا على أن النكاح فاسد من أصله لا يستحق فيه مهر ، فأشبه ما لو ثبت ذلك
بيينة وان أ كذبت فالقول قولها لأن قوله غير مقبول عليها في إسقاط حقوقها
فلزمه إقراره فيما هو حق له وهو تحريمها عليه ونفسخ نكاحه ولم يقبل قوله فيما
عليه من المهر .

(فصل) فإن قال : هي عمتي أو خالتي أو ابنة أخي أو أختي أو أمي من
الرضاعة وأمكن صدقه فالحكم فيه كما لو قال هي أختي وان لم يمكن صدقه مثل
أن يقول لأصغر منه أو لمثله : هي أمي ، أو لأكبر منه أو لمثله هذه ابنتي لم تحرم
عليه ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو يوسف وعمر بن محمد تحرم عليه لأنه إقرار بما يحرمها
عليه فوجب أن يقبل كما لو أمكن .

ولنا : أنه أقر بما تحقق كذبه فيه فأشبه ما لو قال أَرْضَعْنِي وَإِيَّاهَا حَوَاء

أو كما لو قال هذه حواء ، وما ذكروه منتقض بهذه الصور ويفارق إذا أمكن فإنه لا يتحقق كذبه والحكم في الإقرار بقراءة من النسب تحررها عليه كالحكم في الإقرار بالرضاع لأنه في معناه .

(فصل) إذا ادعى أن زوجته أخته من الرضاع فأنكرته فشهدت بذلك أمه أو ابنته لم تقبل شهادتهما لأن شهادة الوالدة لولدها والوالد لولده غير مقبولة ، وإن شهدت بذلك أمها أو ابنتها قبلت ، وعنه لا يقبل بناء على شهادة الوالد على ولده والولد على والده ، وفي ذلك روايتان . وإن ادعت ذلك المرأة وأبكره الزوج فشهدت لها أمها أو ابنتها لم تقبل وإن شهدت لها أم الزوج أو ابنته فعلي روايتين

« مسأله » قال (وإن كانت المرأة هي التي قالت هو أخى من الرضاعة فأكذبها ولم تات بالبينة على ما وصفت فهي زوجته في الحكم)

وجملته أن المرأة إذا أقرت أن زوجها أخوها من الرضاعة فأكذبها لم يقبل قواها في فسخ النكاح لأنه حق عليها ، فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها لأنها تقر بأنها لا تستحقه ؛ فإن كانت قد قبضته لم يكن للزوج أخذه منها لأنه يقر بأنه حق لها ، وإن كان بعد الدخول فأقرت أنها كانت عالة بأنها أخته وبتحريرها عليه ومطاعاة له في الوطء فلا مهر لها أيضاً لإقرارها بأنها زانية مطاوعة ، وإن أنكرت شيئاً من ذلك فلها المهر لأنه وطء بشبهة وهي زوجته في ظاهر الحكم لأن قواها عليه غير مقبول ، فأما فيما بينهما وبين الله تعالى فإن علمت صحة ما أقرت به لم يحل لها مساكنته وتمكينه من وطئها وعاليها أن تقر منه وتفقدن نفسها بما أمكنها لأن وطأها لها زنا فعليها التخلص منه مهما أمكنها كما قلنا في التي علمت أن زوجها طلقها ثلاثاً وجعلها ذلك ، وينبغي أن يكون الواجب لها من المهر بعد الدخول أقل الأمرين من المسمى أو مهر المثل لأنه إن كان المسمى أقل فلا يقبل قواها في وجوب زائد عليه .

وإن كان الأقل مهر المثل لم تستحق أكثر منه لاعترافها بأن استحقاقها له بوطئها لا بالعقد فلا تستحق أكثر منه ، وإن كان إقرارها بأخوته قبل النكاح لم يجز لها نكاحه ولا يقبل رجوعها عن إقرارها في ظاهر الحكم لأن إقرارها

لم يصادف زوجية عليها يبطلها فقبل إقرارها على نفسها بتحريره عليها ، وكذلك لو اقر الرجل ان هذه اخته من الرضاع او محرمة عليه برصناع او غيره وامكن صدقه لم يحل له تزوجها فيما بعد ذلك في ظاهر الحكم ، واما فيما بينه وبين الله تعالى فينبني على عليه بحقيقة الحال على ما ذكرناه .

(فصل) وان ادعى احد الزوجين على الآخر انه اقر انه اخو صاحبه من الرضاع فانكر لم يقبل في ذلك شهادة النساء المنفردات لانها شهادة على الإقرار والاقرار مما يطلع عليه الرجال فلم يحتج فيه الى شهادة النساء المنفردات فلم يقبل ذلك بخلاف الرصناع نفسه .

(فصل)

كره ابو عبد الله الارتضاع بلبن الفجور والمشركات ، وقال عمر بن الخطاب وعمر بن عبدالعزيز رضي الله عنهما : اللبن يشبه فلا تستق من يهودية ولا نصرانية ولا زانية ولا يقبل اهل الذمة المسلمة ولا يرى شعورهن ، ولا أن ابن الفاجرة ربما افضى الى شبه المصنعة في الفجور ويجعلها اما لولده فيعتير بها ويتضرر طبعاً وتعبيراً ، والارتضاع من المشركة يجعلها اما لها حرمة الام مع شركها وربما مال اليها في محبة دينها ويكره الارتضاع بلبن الحقاء كيلا يشبهها الولد في الحق فانه يقال إن الرصناع يغير الطباع . والله تعالى أعلم .

كتاب النفقات

نفقة الزوجة واجبة بالكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاهها) ومعنى قدر عليه أى ضيق عليه ومنه قوله سبحانه (ييسر الرزق لمن يشاء ويقدر) أى يوسع على من يشاء ويضيق على من يشاء وقال الله تعالى (قد علنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم وما ملكت أيمانهم)

وأما السنة فما وصى جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال « اتقوا الله فى النساء فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » رواه مسلم وأبو داود ، ورواه الترمذى بإسناده عن عمرو بن الأحوص قال « ألا إن لكم على نسائكم حقاً ولنسائكم عليكم حقاً ، فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ولا يأذن فى بيوتكم لمن تكرهون . ألا وحقن عليكم أن تحسنوا إليهن فى كسوتهن وطعامهن » وقال هذا حديث حسن صحيح . وجاءت هند إلى رسول الله (ص) فقالت « يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى من النفقة ما يكفينى وولدى . فقال : خذى ما يكفيك ووالدك بالمعروف ، متفق عليه

وفيه دلالة على وجوب النفقة لها على زوجها وأن ذلك مقدر بكفايتها وأن نفقة ولده عليه دونها مقدر بكفايتهم وإن ذلك بالمعروف وأن لها أن تأخذ ذلك بنفسها من غير عليه إذا لم يعطها إياه .

وأما الإجماع فاتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهم . ذكره ابن المنذر وغيره ، وفيه ضرب من العبرة وهو أن المرأة محبوسة على الزوج يمنعها من التصرف والاكتساب فلا بد من أن ينفق عليها كالعبد مع سيده .

« مسألة ، قال أبو القاسم رحمه الله تعالى (وعلى الزوج نفقة زوجته مالا غناه بها عنه وكسوتها)

وجملة الأمر أن المرأة إذا سلّمت نفسها إلى الزوج على الوجه الواجب عليها فلها عليه جميع حاجتها من ما كول ومشروب وملبوس ومسكن . قال أصحابنا : ونفقتها معتبرة بحال الزوجين جميعاً ، فإن كانا موسرين فلها عليه نفقة الموسرين ، وإن كانا معسرين فعليه نفقة المعسرين . وإن كانا متوسطين فلها عليه نفقة المتوسطين ، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فعليه نفقة المتوسطين أيهما كان الموسر .

وقال أبو حنيفة ومالك : يعتبر حال المرأة على قدر كفايتها ، لقول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) والمعروف الكفاية ، ولأنه سوى بين النفقة والكسوة ، والكسوة على قدر حالها فكذلك النفقة . وقال النبي صلى الله عليه وسلم لهذا ، خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف ، فاعتبر كفايتها دون حال زوجها ، ولأن نفقتها واجبة لدفع حاجتها فكان الاعتبار بما تندفع به حاجتها دون حال من وجبت عليه كنفقة المالك ، ولأنه واجب للمرأة على زوجها بحكم الزوجية لم يقدر فكان معتبراً بها كهرها وكسوتها .

وقال الشافعي : الاعتبار بحال الزوج وحده لقول الله تعالى (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق بما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها) وإنا أن فيما ذكرناه جمعا بين الدليلين وعملا بكل النصين ورعاية لكل الجانبين فيكون أولى .

(فصل)

والنفقة مقدرة بالكفاية وتختلف باختلاف من يجب له النفقة في مقدارها . وبهذا قال أبو حنيفة ومالك . وقال القاضي : هي مقدرة بمقدار لا يختلف في القلة والكثرة ، والواجب رطلان من الخبز في كل يوم في حق الموسر والمعسر اعتباراً بالكفارات ، وإنما يختلفان في صفته وجودته لأن الموسر والمعسر سواء في قدر المأكول وفيما تقوم به البيعة ، وإنما يختلفان في جودته فكذلك النفقة الواجبة . وقال الشافعي : نفقة المقر مد بمد النبي (ص) لأن أقل ما يدفع في الكفارة إلى الواحد مد والله سبحانه اعتبر الكفارة بالنفقة على الأهل فقال سبحانه (من أوسط ما تطعمون أهليكم) وعلى الموسر مدان لأن أكثر ما أوجب الله سبحانه

للو احد مدين في كفارة الاذى ، وعلى المتوسط مد ونصف ، نصف نفقة الموسر ونصف نفقة الفقير .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند «خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف ، فأمرها بأخذ ما يكفيها من غير تقدير ورد الاجتهاد في ذلك اليها ، ومن المعلوم أن قدر كفايتها لا ينحصر في المدين بحيث لا يزيد عنهما ولا ينقص ، ولأن الله تعالى قال (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) وقال النبي (ص) « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وإيجاب أقل من الكفاية من الرزق ترك للمعروف وإيجاب قدر الكفاية ، وإن كان أقل من مد أو من رطلي خبز اتفاق بالمعروف فيكون ذلك هو الواجب بالكتاب والسنة .

واعتبار النفقة بالكفارة في القدر لا يصح لأن الكفارة لا تختلف باليسار والاعسار ولا هي مقدرة بالكفارة ، وإنما اعتبرها الشرع بها في الجنس دون القدر ، ولهذا لا يجب فيها الادم

(فصل) ولا يجب فيها الحب ، وقال الشافعي : الواجب فيها الحب اعتباراً بالإطعام في الكفارة حتى لو دفع اليها دقيقاً أو سويقاً أو خبزاً لم يلزمها قبوله كما لا يلزم ذلك المسكين في الكفارة ، قال بعضهم : يحىء على قول أصحابنا أنه لا يجوز وإن تراضيا لأنه بيع حنطة بجنسها متفاضلا

ولنا قول ابن عباس في قوله تعالى « من أوسط ما تطعمون أهليكم » قال الخبز والزيت ، وعن ابن عمر : الخبز والسمن ، والخبز والزيت ، والخبز والتمر ، ومن أفضل ما تطعمونهن الخبز واللحم ، ففسر اطعام الامل بالخبز مع غيره من الادم ولان الشرع ورد بالانفاق مطلقا من غير تقييد ولا تقدير فوجب أن يرد الى العرف كما في القبض والإحراز ، وأهل العرف إنما يتعارفون فيما بينهم في الانفاق على أهليهم الخبز والادم دون الحب ، والنبي صلى الله عليه وسلم وصحابته إنما كانوا ينفقون ذلك دون ما ذكره ، فكان ذلك هو الواجب ، ولأنها نفقة قدرها الشرع بالكفاية فكان الواجب الخبز كنفقة العبد ، ولان الحب تحتاج فيه الى طحنه وخبزه ، فتنى احتاجت الى تكلف ذلك من مالها لم تحصل الكفاية بنفقته وفارق الاطعام في الكفارة لأنها لا تقدر بالكفاية ولا يجب فيها الادم ، فعلى هذا

لو طلبت مكان الخبز دراهم أو حبا أو دقيقا أو غير ذلك لم يلزمه بذله ، ولو عرض عليها بدل الواجب لها لم يلزمها قبوله لأنها معاوضة فلا يجبر واحد منهما على قبوله كالبيع ، وإن تراضيا على ذلك جاز لأنه طعام وجب في الذمة لأدى معين فجازت المعاوضة عنه كالطعام في القرض ، ويفارق الطعام في الكفارة لأنه حق الله تعالى ، وليس هو لأدى معين فيرضى بالعوض عنه ، وإن أعطاهما مكان الخبز حبا أو دقيقا جاز إذا تراضيا عليه . لأن هذا ليس بمعاوضة حقيقة ، فإن الشارع لم يعتبر الواجب بأكثر من الكفاية ، فبأي شيء حصلت الكفاية كان ذلك هو الواجب ، وانماصرنا إلى إيجاب الخبز عند الاختلاف لترجيحه بكونه القوت المعتاد (فصل) ويزجم في تقدير الواجب إلى اجتماع الحاكم أو نائبه إن لم يتراضيا على شيء فيفرض للبراة قدر كفايتها من الخبز والادم فيفرض للوسرة تحت الموسر قدر حاجتها من أرفع خبز البلد الذي يأكله أمثالهما ، وللعسرة تحت المعسر قدر كفايتها من أدنى خبز البلد وللمتوسطة تحت المتوسط من أوسطه لكل أحد على حسب حاله على ما جرت به العادة في حق أمثاله ، وكذلك الادم للوسرة تحت الموسر قدر حاجتها من أرفع الادم من اللحم والازر واللبن وما يطبخ به اللحم والدهن على اختلاف أنواعه في بلدانه السمن في موضع والزيت في آخر والشيرج في آخر ، وللعسرة تحت المعسر من الادم أدونه كالباقلا والحل والبقل والكامخ وما جرت به عادة أمثالهم وما يحتاج إليه من الدهن . وللمتوسطة تحت المتوسط أوسط ذلك من الخبز والادم كل على حسب عادته : وقال الشافعي : الواجب من جنس قوت البلدة لا يختلف باليسار والاعسار سوى المقدار والادم هو الدهن خاصة لأنه أصلح للأبدان وأجود في المؤنة لأنه لا يحتاج إلى طبخ وكلفة ، ويعتبر الادم بغالب عادة أهل البلد كالزيت بالشام والشيرج بالعراق والسمن بخراسان ، ويعتبر قدر الادم بالقوت ، فإذا قيل أن الرطل تكفيه الاوقية من الدهن فرض ذلك ، وفي كل يوم جمعة رطل لحم ، فإن كان في موضع يرخص اللحم زادها على الرطل شيئا وذكر القاضي في الادم مثل هذا ، وهذا مخالف لقول الله (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله) ولقول النبي ص « ولئن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ومتى أنهق الموسر نفقة المعسر فما أنفق من سعته ولا رزقها

بالمعروف . وقد فرق الله عز وجل بين الموسر والمعسر في الإنفاق ، وفي هذا جمع بين ما فرق الله تعالى

وتقدير الأدم بما ذكره تحكم لا دليل عليه وخلاف العادة والعرف بين الناس في إنفاقهم فلا يعرج على مثل هذا ، وقد قال ابن عمر : من أفضل ما تطعمون أهليكم الحبز واللحم ، والصحيح ما ذكرناه من رد النفقة المطلقة في الشرع إلى العرف فيما بين الناس في نفقاتهم في حق الموسر والمعسر والمتوسط كما رددناهم في الكسوة إلى ذلك . ولأن النفقة من مؤنة المرأة على الزوج . فاختلف جنسها بالإيسار والإعسار كالكسوة .

(فصل) وحكم المكاتب والعبد حكم المعسر لأنهما ليس بأحسن حالا منه . ومن نصفه حر إن كان موسراً فحكمه حكم المتوسط لأنه متوسط نصفه موسر ونصفه معسر .

(فصل) ويجب للمرأة ما تحتاج إليه من المشط والدهن لرأسها والسدر أو نحوه مما تغسل به رأسها وما يعود بنظافتها لأن ذلك يراد للتنظيف فكان عليه ، كما أن على المستأجر كنس الدار وتنظيفها

فأما الخضاب فإنه إن لم يطلبه الزوج منها لم يلزمه لأنه يراد للزينة ، وإن طلبه منها فهو عليه ، وأما الطيب فما يراد منه لقطع السهوك كدواء العرق لزمه لأنه يراد للتطيب ، وما يراد منه للتلذذ والاستمتاع لم يلزمه لأن الاستمتاع حق له فلا يجب عليه ما يدعو إليه . ولا يجب عليه شراء الأدوية ولا أجره الطيب لأنه يراد لأصلاح الجسم فلا يلزمه كما لا يلزم المستأجر بناء ما يقع من الدار وحفظ أصولها وكذلك أجره الحمام والغاصد

(فصل) ويجب عليه كسوتها بإجماع أهل العلم لما ذكرناه من النصوص ولأنها لا بد منها على الدوام فلزمته كالنفقة ، وهي معتبرة بكفايتها وليست مقدرة بالشرع كما قلنا في النفقة ، ووافق أصحاب الشافعي على هذا ويرجع في ذلك إلى اجتهاد الحاكم فيفرض لها على قدر كفايتها على قدر يسرها وعسرها . وما جرت عادة أمثالها به من الكسوة فيجتهد الحاكم في ذلك عند نزول الأمر كنحو اجتهاده في المتعة المطلقة وكما قلنا في النفقة . فيفرض للموسرة تحت الموسر من أرفع ثياب البلد من

الكتان والخبز والابريسم وللمعسرة تحت المعسر غليظ القطن والكتان وللتوسطة تحت المتوسط : المتوسط من ذلك فأقل ما يجب من ذلك قميص وسراويل ومقنعة ومداس وجبة للشتاء ويزيد من عدد الثياب ما جرت العادة بلبسه مما لا غنى عنه دون ما للتجميل والزينة ، والأصل في هذا قول الله عز وجل (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ، والكسوة بالمعروف هي الكسوة التي جرت عادة أمثالها بلبسه ، وقول النبي (ص) لهند « خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف » .

(فصل) وعليه لها ما تحتاج اليه للنوم من الفراش واللحاف والوسادة كل على حسب عادته ، فإن كانت ممن عادته النوم في الأكسية والبساط فعليه لها لنومها ما جرت عادتهم به ولجلوسها بالنهار البساط والزلي والحصير الرفيع أو الخشن ، الموسر على حسب إيساره والمعسر على قدر إعساره على حسب العوائد .

فصل

ويجب لها مسكن بدليل قوله سبحانه وتعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) فإذا وجبت السكنى المطلقة فلاتي في صلب النكاح أولى ، قال الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) ومن المعروف أن يسكنها في مسكن ولأنها لا تستغنى عن المسكن للاستتار عن العيون وفي التصرف والاستمتاع وحفظ المتاع ويكون المسكن على قدر يسارهما وإعسارهما لقول الله تعالى (من وجدكم) ولأنه واجب لها لمصلحتها في الدوام فحري مجرى النفقة والكسوة .

(فصل) فإن كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها لكونها من ذوى الاقدار أو مريضة وجب لها خادم لقوله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) ومن العشرة بالمعروف أن يقيم لها خادما ولأنه مما تحتاج اليه في الدوام فأشبه النفقة ، ولا يجب لها أكثر من خادم واحد لأن المستحق خدمتها في نفسها ، ويحصل ذلك بواحد ، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي إلا أن مالكا قال : ان كان لا يصلح للمرأة إلا أكثر من خادم فعليه أن يتفق على أكثر من واحد ونحوه ، قال أبو ثور إذا احتمل الزوج ذلك فرض لخادمين .

ولنا أن الخادم الواحد يكفيها نفسها ، والزيادة تراد لحفظ ملكها أو للتجمل وليس عليه ذلك . إذا ثبت هذا : فلا يكون الخادم إلا بمن يحل له النظر اليها أما امرأة وأما ذور رحم محرم لأن الخادم يلزم المخدوم في غالب أحواله فلا يسلم من النظر وهل يجوز أن يكون من أهل الكتاب ؟ فيه وجهان . الصحيح منهما جوازه لأن استخدامهم مباح ، وقد ذكرنا فيما مضى أن الصحيح إباحة النظر لهم والثاني : لا يجوز لأن في إباحة نظرهم اختلافاً وتعافهم النفس ولا يتنظفون من النجاسة ولا يلزم الزوج أن يملكها خادماً لأن المقصود الخدمة فإذا حصلت من غير تملك جاز كما أنه إذا أسكنها داراً بأجرة جاز ، ولا يلزمه تملكها مسكناً فإن ملكها الخادم فقد زاد خيراً وإن أخدمها من يلزم خدمتها من غير تملك جاز سواء كان له أو استأجره حراً كان أو عبداً وإن كان الخادم لها فرضيت بخدمته لها ونفقته على الزوج جاز ، وإن طلبت منه أجرة خادماً فوافقها جاز ، وإن قال لا أعطيك أجر هذا ولكن أنا آتيك بخادم سواء فله ذلك إذا أتاها بمن يصلح ، وإن قالت أنا أخدم نفسي وأخذ أجر الخادم لم يلزم الزوج قبول ذلك لأن الأجر عليه فتعين الخادم اليه ولأن في إخدمها توفيرها على حقوقه وترفيها ورفع قدرها وذلك يفوت بخدمتها لنفسها ، وإن قال الزوج أبا أخدمك بنفسى لم يلزمها لأنها تحتشمه وفيه غضاضة عليها لكون زوجها خادماً ، وفيه وجه آخر أنه يلزمها الرضى به لأن الكفاية تحصل به .

(فصل) وعلى الزوج نفقة الخادم ومؤنته من الكسوة والنفقة مثل ما لامرأة المعسر إلا أنه لا يجب لها المشط والدهن لرأسها والسدر لأن ذلك يراد للزينة والتنظيف ولا يراد ذلك من الخادم لكن إن احتاجت إلى خف لتخرج إلى شراء الحوائج لزمه ذلك .

مسألة ، قال (فإن منعها ما يجب لها أو بعضه وقدرت له على مال أخذت منه مقدار حاجتها بالمعروف كما قال النبي صلى الله عليه وسلم لهند حين قالت : إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى من النفقة ما يكفيني وولدى ؟ فقال ويخذى ما يكفيك وولدك بالمعروف)

وجملته : أن الزوج إذا لم يدفع إلى امرأته ما يجب لها عليه من النفقة والكسوة أو دفع إليها أقل من كفايتها فلها أن تأخذ من ماله الواجب أو تمامه بإذنه وبغير إذنه بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » وهذا إذن لها في الأخذ من ماله بغير إذنه ورد لها إلى اجتهداها في قدر كفايتها وكفاية ولدها وهو متناول لأخذ تمام الكفاية ، فإن ظاهر الحديث دل على أنه قد كان يعطيها بعض الكفاية ولا يتممها لها فرخص النبي صلى الله عليه وسلم لها في أخذ تمام الكفاية بغير علمه لأنه موضع حاجة ؛ فإن النفقة لا غنى عنها ولا قوام إلا بها فإذا لم يدفعها الزوج ولم تأخذها أفضى إلى ضياعها وهلاكها فرخص لها في أخذ قدر نفقتها دفعا لحاجتها ، ولأن النفقة تتجدد بتجدد الزمان شيئا فشيئا فتشقى المرافعة إلى الحاكم والمطالبة بها في كل الأوقات فلذلك رخص لها في أخذها بغير إذن من هي عليه .

وذكر القاضى بينها وبين الدين فرقا آخر وهو أن نفقة الزوجة تسقط بفوات وقتها عند بعض أهل العلم ما لم يكن فرضها لها فلو لم تأخذ حقها أفضى إلى سقوطها والاضرار بها بخلاف الدين فإنه لا يسقط عند أحد بترك المطالبة فلا يؤدي ترك الأخذ إلى الإسقاط .

(فصل) ويجب عليه دفع نفقتها إليها في صدر نهار كل يوم إذا طلعت الشمس لأنه أول وقت الحاجة ، فإن اتفقا على تأخيرها جاز لأن الحق لهما فإذا رضيت بتأخيرها جاز كالدين .

وان اتفقا على تعجيل نفقة عام أو شهر أو أقل من ذلك أو أكثر أو تأخيرها جاز لأن الحق لهما لا يخرج عنهما لجواز من تعجيله وتأخيرها ما اتفقا عليه كالدين وليس بين أهل العلم في هذا خلاف ملناه ، فإن سلم إليها نفقة يوم ثم ماتت فيه لم يرجع عليها بها لأنه دفع إليها ما وجب عليه دفعه إليها ، وإن أبانها بعد وجوب الدفع إليها لم تسقط نفقتها فيه ولها مطالبتها بها لأنها قد وجبت فلم تسقط بالطلاق كالدين ، وإن عجل لها نفقة شهر أو عام ثم طلقها أو ماتت قبل انقضائه أو بانت بفسخ أو إسلام أحدهما أو رده فله أن يسترجع نفقه سائر الشهر ، وبه قال الشافعى ومحمد بن الحسن .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يسترجمها لأنها صلة فإذا قبضتها لم يكن له الرجوع فيها كصدقة التطوع .

ولنا : أنه سلم إليها النفقة سلفا عما يجب في الثاني فإذا وجد ما يمنع الوجوب ثبت الرجوع كما لو أسلفها إياها فنشزت أو عجل الزكاة إلى الساعي فتلف ماله قبل الحول . وقولهم إنها صلة ، قلنا : بل هي عوض عن التمكين وقد فات التمكين ، وذكر القاضي أن زوج الوثنية والمجوسية إذا دفع إليها نفقة سنتين ثم بان إسلامه فإن لم يكن أعلمها أنها نفقة عجلها لها لم يرجع عليها لأن الظاهر أنه تطوع بها ، وإن أعلمها ذلك اتبى على معجل الزكاة إذا أعلم الفقير أنها زكاة معجلة ثم تلف — المال ، وفي الرجوع بها وجهان كذلك ههنا . وكذلك ينبغي أن يكون في سائر الصور مثل هذا لأنه تبرع بدفع ما لا يلزمه من غير إعلام الأخذ بتعجيله فلم يرجع به كمعجل الزكاة ، ولو سلم إليها نفقة اليوم فسرفت أو تلفت لم يلزمه عوضها لأنه بريء من الواجب بدفعه فأشبهه ما لو تلفت الزكاة بعد قبض الساعي لها أو الدين بعد أخذ صاحبه له .

فصل

وإذا دفع إليها نفقتها فلها أن تتصرف فيها بما أحببت من الصدقة والهبة والمعاوضة ما لم يعد ذلك عليها بضرر في بدنها وضعف في جسمها لأنه حق لها فلها التصرف فيه بما شئت كالمهر وليس لها التصرف فيها على وجه يضر بها لأن فيه تفويت حقه منها ونقصا في استمتاعه بها .

(فصل) وعليه دفع الكسوة إليها في كل عام مرة لأنها العادة ويكون الدفع إليها في أوله لأنه أول وقت الوجوب ، فإن بليت الكسوة في الوقت الذي يبلى فيه مثلا لم يلزمه أن يدفع إليها كسوة أخرى لأن ذلك وقت الحاجة إليها ، وإن بليت قبل ذلك لكثرة دخراها وخروجها أو استعمالها لم يلزمه إبدالها لأنه ليس بوقت الحاجة إلى الكسوة في العرف ، وإن مضى الزمان الذي تبلى في مثله بالاستعمال المعتاد ولم تبلى ، فهل يلزمه بدلاها ؟ فيه وجهان .

أحدهما : لا يلزمه بدلاها لأنها غير محتاجة إلى الكسوة .

والثاني : يلزمه لأن الاعتبار بمضى الزمان دون حقيقة الحاجة بدليل أنها

لو بليت قبل ذلك لم يلزمه بدلها ، ولو أهدى إليها كسوة لم تسقط كسوتها ، وإن أهدى إليها طعام فأكلته وبقي قوتها إلى الغد لم يسقط قوتها فيه ، وإن كساها ثم طلقها قبل أن تبلى فهل له أن يستر جمعها ؟ فيه وجهان .

أحدهما : له ذلك لأنه دفعها للزمان المستقبل فإذا طلقها قبل مضيه كان له استرجاعها كما لو دفع إليها نفقة مدة ثم طلقها قبل انقضاءها .

والثاني : ليس له الاسترجاع لأنه دفع إليها الكسوة بعد وجوبها عليه فلم يكن له الرجوع فيها كما لو دفع إليها النفقة بعد وجوبها ثم طلقها قبل أكلها بخلاف النفقة المستقبلية .

(فصل . وإذا دفع إليها كسوتها فأرادت بيعها أو التصديق بها وكان ذلك يضر بها أو يخل بتجماعها بها أو بسترها لم تملك ذلك كما لو أرادت الصدقة بقوتها على وجه يضر بها ، وإن لم يكن في ذلك ضرر احتمل الجواز لأنها تملكها فأشبهت النفقة ، واحتمل المنع لأن له استرجاعها لو طلقها في أحد الوجهين بخلاف النفقة) (فصل) والذمية كالمسئلة في النفقة والمسكن والكسوة في قول عامة أهل العلم وبه يقول مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لعموم النصوص والمعنى .

مسألة ، قال (فإذا منعها ولم تجد ما تأخذه واختارت فراقه فرق الحاكم بينهما)

وجملته : أن الرجل إذا منع امرأته النفقة لعسرتة وعدم ما ينفقه فالمرأة مخيرة بين الصبر عليه وبين فراقه ، وروى نحو ذلك عن عمر وعلي وأبي هريرة ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وربيعة وحامد ومالك ويحيى القطان وعبد الرحمن بن مهدى والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ، وذهب عطاء والزهرى وابن شبرمة وأبو حنيفة وصاحباها إلى أنها لا تملك فراقه بذلك ولكن يرفع يده عنها لتكتسب لأنه حق لها عليه فلا يفسخ النكاح لعجزه عنه كالدين : وقال العنبري يحبس إلى أن ينفق .

ولنا قول الله تعالى (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) وليس الإمساك مع ترك الانفاق إمساكاً بمعروف فيتعين التسريح ، وروى سعيد عن سفيان

عن ابن أبي الزناد قال : سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما ؟ قال نعم . قال ستة ؟ قال ستة ، وهذا ينصرف الى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم

وقال ابن المنذر : ثبت أن عمر بن الخطاب كتب الى أمراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا ، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى ولأنه اذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل ، لأنه انما هو فقد لذة وشهوة يقوم البدن بدونه فلأن يثبت بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن الا بها أولى . اذا ثبت هذا فإنه متى ثبت الاعسار بالنفقة على الاطلاق فللمرأة المطالبة بالفسخ من غير انظار . وهذا أحد قولى الشافعى

وقال حماد بن أبي سليمان : يؤجل سنة قياسا على العنين . وقال عمر بن عبدالعزيز اضربوا له شهراً أو شهرين ، وقال مالك : الشهر ونحوه ، وقال الشافعى فى القول الآخر : يؤجل ثلاثا لأنه قريب .

ولنا ظاهر حديث عمر ولأنه معنى يثبت الفسخ ولم يرد الشرع بالانظار فيه فوجب أن يثبت الفسخ فى الحال كالعيب ، ولأن سبب الفسخ الاعسار وقد وجد فلا يلزم التأخير .

(فصل) وإن لم يجد النفقة إلا يوما فليس ذلك إعسارا يثبت به الفسخ لأن ذلك هو الواجب عليه وقد قدر عليه ، وإن وجد فى أول النهار ما يغذيها وفى آخره ما يعشيها لم يكن لها الفسخ لأنها تصل الى كفايتها وما يقوم به بدنها ، وإن كان صانعا يعمل فى الاسبوع بما يبيعه فى يوم بقدر كفايتها فى الاسبوع كله لم يثبت الفسخ لأن هذا يحصل الكفاية فى جميع زمانه ، وإن تعذر عليه الكسب فى بعض زمانه أو تعذر البيع لم يثبت الفسخ لأنه يمكن الاقتراض الى زوال العارض وحصول الاكتساب .

وإن عجز عن الاقتراض أياما يسيرة لم يثبت الفسخ لأن ذلك يزول عن قريب ولا يكاد يسلم منه كثير من الناس ، وإن مرض مرضا يرجى زواله فى أيام يسيرة لم يفسخ لما ذكرناه ، وإن كان ذلك يطول فلها الفسخ لأن الضرر الغالب يلحقها ولا يمكنها الصبر ، وكذلك ان كان لا يجد من النفقة الا يوما دون يوم فلها الفسخ

لأنها لا يمكنها الصبر على هذا ويكون بمثابة من لا يجد إلا بعض القوت ، وإن أعسر ببعض نفقة المعسر ثبت لها الخيار لأن البدن لا يقوم بما دونها ، وإن أعسر بما زاد على نفقة المعسر فلا خيار لها لأن تلك الزيادة تسقط بإعساره ويمكن الصبر عنها ويقوم البدن بما دونها ، وإن أعسر بنفقة الخادم لم يثبت لها خيار لما ذكرنا وكذلك إن أعسر بالآدم ، وإن أعسر بالكسوة فلها الفسخ لأن الكسوة لا بد منها ولا يمكن الصبر عنها ولا يقوم البدن بدونها ، وإن أعسر بأجرة مسكن فقيه وجهان ، أحدهما : لها الخيار لأنه مما لا بد منه فهو كالنفقة والكسوة . والثاني لا خيار لها لأن البنية تقوم بدونه ، وهذا الوجه هو الذي ذكره القاضي . وإن أعسر بالنفقة الماضية لم يكن لها الفسخ لأنها دين يقوم البدن بدونها فأشبهت سائر الديون .

الحال الثاني : أن يمتنع من الاتفاق مع يساره فإن قدرت له على مال أخذت منه قدر حاجتها ولا خيار لها لأن النبي (ص) أمر هنداً بالآخذ ولم يجعل لها الفسخ وإن لم تقدر رافعته إلى الحاكم فيأمره بالاتفاق ويجبره عليه : فإن أبي حبسه فإن صبر على الحبس أخذ الحاكم النفقة من ماله ، فإن لم يجد إلا عروضاً أو عقاراً باعها في ذلك ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة النفقة في ماله من الدنانير والدرائم ولا يبيع عرضاً إلا بتسليم ، لأن بيع مال الإنسان لا ينفذ إلا بإذنه أو أذن وليه ولا ولاية على الرشيد

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند « خذي ما يكفيك ، ولم يفرق ، ولأن ذلك مال له فتؤخذ منه النفقة كالدرهم والدنانير ، وللحاكم ولاية عليه إذا امتنع بدليل ولايته على دراهمه ودنانيره ، وإن تعذرت النفقة في حال غيبته وله وكيل لحكم وكيله حكمه في المطالبة والآخذ من المال عند امتناعه ، وإن لم يكن له وكيل ولم تقدر المرأة على الآخذ أخذ لها الحاكم من ماله ويجوز بيع عقاره وعروضه في ذلك إذا لم تجد ما تنفق سواه ، وينفق على المرأة يوماً بيوم ، وبهذا قال الشافعي ويحيى بن آدم ، وقال أصحاب الرأي : يفرض لها في كل شهر .

ولنا إن هذا تعجيل للنفقة قبل وجوبها فلم يجز كما لو عجل لها نفقة زيادة عن شهر

(فصل) وان غيب ماله وصبر على الحبس ولم يقدر الحاكم له على مال يأخذه أو لم يقدر على أخذ النفقة من مال الغائب فلها الخيار في الفسخ في ظاهر قول الحرقي واختيار أبي الخطاب ، واختار القاضي أنها لا تملك الفسخ ، وهو ظاهر مذهب الشافعي ، لأن الفسخ في المعسر لعيب الاعسار ولم يوجد ههنا ، ولأن الموسر في مظنة إمكان الأخذ من ماله ، وإذا امتنع في يوم فربما لا يمتنع في الغد بخلاف المعسر ولنا أن عمر رضي الله عنه كتب في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا ، وهذا اجبار على الطلاق عند الامتناع من الاتفاق ، ولأن الاتفاق عليهما من ماله يتعذر فكان لها الخيار كحال الاعسار ، بل هذا أولى بالفسخ فإنه إذا جاز الفسخ على المعذور فعلى غيره أولى ، ولأن في الصبر ضرراً أمكن إزالته بالفسخ فوجب إزالته ، ولأنه نوع تعذر يجوز الفسخ فلم يفترق الحال بين الموسر والمعسر كما إذا أدى ثمن المبيع فإنه لا فرق في جواز الفسخ بين أن يكون المشتري معسراً وبين أن يهرب قبل أداء الثمن ، وعيب الاعسار إنما يجوز الفسخ لتعذر الاتفاق ، بدليل أنه لو اقترض ما ينفق عليها أو تبرع له إنسان بدفع ما ينفقه لم تملك الفسخ . وقولهم أنه يحتمل أن ينفق فيما بعد هذا . قلنا : وكذلك المعسر يحتمل أن يغنيه الله وأن يقترض أو يعطى ما ينفقه فاستويا .

(فصل) ومن وجبت عليه نفقة امرأته وكان له عليها دين فأراد أن يحتسب عليها بدينه مكان نفقتها فإن كانت موسرة فله ذلك لأن من عليه حق فله أن يقضيه من أي أمواله شاء ، وهذا من ماله ، وإن كانت معسرة لم يكن له ذلك لأن قضاء الدين إنما يجب في الفاضل من قوته ، وهذا لا يفضل عنها . ولأن الله تعالى أمر بانظار المعسر بقوله سبحانه (وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) فيجب انظارها بما عليها

(فصل) وكل موضع ثبت لها الفسخ لاجل النفقة لم يحز الا بحكم الحاكم لانه فسخ مختلف فيه فافتقر الى الحاكم كالفسخ بالعنة ولا يجوز له التفريق الا أن تطلب المرأة ذلك لانه لحقها فلم يحز من غير طلبها كالفسخ للعنة ، فإذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لا رجعة له فيه . وبهذا قال الشافعي . وابن المنذر وقال مالك : هو تطليقة وهو أحق بها ان أيسر في عدتها لانه تفريق لا ممتناعه

من الواجب عليه لها فأشبه تفريقه بين المولى وامرأته إذا امتنع من الفينة والطلاق ولنا أنها فرقة لعجزه عن الواجب لها عليه أشبهت فرقة العنة ، فأما إن أجبره الحاكم على الطلاق فطلاق أقل من ثلاث فله الرجعة عليها مادامت في العدة ، فإن راجعها وهو معسر أو امتنع من الاتفاق عليها ولم يمكن الأخذ من ماله فطلبت المرأة الفسخ . فللحاكم الفسخ لأن المقتضى له باق أشبه ما قبل الطلاق

(فصل)

وإن رضيت بالمقام معه مع عسرتة أو ترك إنفاقه ثم بدا لها الفسخ أو تزوجت معسراً عالمة بحاله راضية بعسرتة وترك إنفاقه ، أو شرط عليها أن لا ينفق عليها ثم عن لها الفسخ فلها ذلك ، وبهذا قال الشافعي وقال القاضي : ظاهر كلام أحمد ليس لها الفسخ ويبطل خيارها في الموضعين وهو قول مالك لأنها رضيت بعيه ودخلت في العقد عالمة به فلم تملك الفسخ ، كما لو تزوجت عتيقاً عالمة بعنته أو قالت بعد العقد قد رضيت به عتيقاً

ولنا أن وجوب النفقة يتجدد في كل يوم فيتجدد لها الفسخ ، ولا يصح إسقاط حقها فيما لم يجب لها كإسقاط شفعتها قبل البيع ، ولذلك لو أسقطت النفقة المستقبلية لم تسقط ولو أسقطتها أو أسقطت المهر قبل النكاح لم يسقط ، وإذا لم يسقط وجوبها لم يسقط الفسخ الثابت به ، وإن أعسر بالمهر وقتلنا لها الفسخ لإعساره به فرضيت بالمقام لم يكن لها الفسخ ، لأن وجوبه لم يتجدد ، بخلاف النفقة ، ولو تزوجته عالمة بإعساره بالمهر راضية بذلك فينبغي أن لا تملك الفسخ بإعساره به لأنها رضيت بذلك في وقت لو أسقطته فيه سقط

(فصل) إذا رضيت بالمقام مع ذلك لم يلزمها التمكين من الاستمتاع لأنه لم يسلم إليها عوضه فلم يلزمها تسليمه كما لو أعسر المشتري بضمن المبيع لم يجب تسليمه إليه وعليه تخليه سبيلها لتكتسب لها وتحصل ما تنفقه على نفسها ، لأن في حبسها بغير نفقة أضراراً بها ، ولو كانت موسرة لم يكن له حبسها لأنه إنما يملك حبسها إذا كفاها المؤنة وأغناها عما لا بد لها منه ، ولحاجته إلى الاستمتاع الواجب عليها ، فإذا انتفى الأمران لم يملك حبسها .

(فصل) ومن ترك الاتفاق الواجب لامرأته مدة لم يسقط بذلك وكان ديناً

في ذمته ، سواء تركه لعذر أو غير عذر في أظهر الروايتين ، وهذا قول الحسن ومالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر ، والرواية الاخرى تسقط نفقتها ما لم يكن الحاكم قد فرضها لها . وهذا مذهب أبي حنيفة لانها نفقة تجب يوما فيوما فتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضها الحاكم كنفقة الاقارب ، ولان نفقة الماضي قد استغنى عنها بمضى وقتها فتسقط كنفقة الاقارب .

ولنا أن عمر رضى الله عنه كتب الى أمراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا ، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى ، ولانها حق يجب مع اليسار والاعسار فلم يسقط بمضى الزمان كأجرة العقار والديون . قال ابن المنذر : هذه نفقة وجبت بالكتاب والسنة والاجماع ، ولا يزول ما وجب بهذه الحجج إلا بمثلها ولانها عوض واجب فأشبهت الاجرة ، وفارق نفقة الاقارب فإنها صلة يعتبر فيها اليسار من المنفق والاعسار ممن تجب له وجبت اترجية الحال فإذا مضى زمنها استغنى عنها فأشبه ما لو استغنى عنها بيساره وهذه بخلاف ذلك ، إذا ثبت هذا فإنه إن ترك الاتفاق عليها مع يساره فعليه النفقة بكاملها ، وإن تركها لاعساره لم يلزمه إلا نفقة المعسر لان الزائد سقط بإعساره .

(فصل) ويصح ضمان النفقة ما وجب منها وما يجب في المستقبل إذا قلنا إنها تثبت في الذمة . وقال الشافعي : يصح ضمان ما وجب ، وفي ضمان المستقبل وجهان بناء على أن النفقة هل تجب بالعقد أو بالتكليف ؟ ومبنى الخلاف على ضمان ما لم يجب إذا كان ماله الى الوجوب فعندنا يصح وعندهم لا يصح وقد ذكرنا ذلك في باب الضمان (فصل) وان أعسر بنفقة الخادم أو الادم أو المسكن ثبت ذلك في ذمته وبهذا قال الحنفية . وقال القاضي : لا يثبت لانه من الزوائد فلم يثبت في ذمته كالزائد عن الواجب عليه .

ولنا أنها نفقة تجب على سبيل العوض فتثبت في الذمة كالنفقة الواجبة للمرأة قوتا ، وفارق الزائد عن نفقة المعسر فانه يسقط بالاعسار .

(فصل) وإذا أنفقت المرأة على نفسها من مال زوجها الغائب ثم بان أنه قد مات قبل اتفاقها حسب عليها ما أنفقته من ميراثها ، سواء أنفقته بنفسها أو بأمر

الحاكم . وبهذا قال أبو العالية ومحمد بن سيرين والشافعي وابن المنذر ولا أعلم عن غيرهم خلافهم ، لأنها أنفقت مالا تستحق ، وإن فضل لها شيء فهو لها ، وإن فضل عليها شيء وكان لها صداق أو دين على زوجها حسب منه وإن لم يكن لها شيء من ذلك كان الفضل ديناً عليها والله أعلم .

(فصل) وإن أعسر الزوج بالصداق فقيه ثلاثة أوجه ، أحدها ليس لها الفسخ وهو اختيار ابن حامد . والثاني : لها الفسخ ، وهو اختيار أبي بكر لأنه أعسر بالمعوض فكان لها الرجوع في المعوض ، كما لو أعسر بضمن مبيعها ، والثالث : أن أعسر قبل الدخول فلها الفسخ كما لو أفلس المشتري والمبيع بحاله ، وإن كان بعد الدخول لم تملك الفسخ لأن المعقود عليه قد استوفى ، فأشبه ما لو أفلس المشتري بعد تلف المبيع أو بعضه .

ولنا : أنه دين فلم يفسخ النكاح للاعسار به كالتفقة الماضية ، ولأن تأخيرها ليس فيه ضرر مجحف فأشبهه نفقة الخادم والنفقة الماضية ، ولأنه لا نص فيه ولا يصح قياسه على الثمن في المبيع ، لأن الثمن كل مقصود البائع والعادة تعجيله ، والصداق فضلة ونحلة ليس هو المقصود في النكاح ، ولذلك لا يفسد النكاح بفساده ولا بترك ذكره والعادة تأخيرها ، ولأن أكثر من يشتري بضمن حال يكون موسراً به ، وليس إلا أكثر أن من تزوج بمهر يكون موسراً به ، ولا يصح قياسه على النفقة لأن الضرورة لا تندفع إلا بها بخلاف الصداق فأشبه شيء به النفقة الماضية وللشافعي نحو هذه الوجوه ، وإذا قلنا لها الفسخ للاعسار به فتزوجته عالة بعسرتة فلا خيار لها وجهاً واحداً لأنها رضيت به كذلك ، وكذلك إن علمت عسرتة بعد العقد فرضيت بالمقام سقط حقها من الفسخ لأنها رضيت باسقاط حقها بعد وجوبه فسقط كما لو رضيت بعيبه .

(فصل) ونفقة الأمة المزوجة حق لها ولسيدتها لأن كل واحد منهما ينتفع بها واكمل واحد منهما طلبها إن امتنع الزوج من أدائها ولا يملك واحد منهما إسقاطها لأن في سقوطها باسقاط أحدهما ضرراً بالآخر ، وإن أعسر الزوج بها فلها الفسخ لأنه عجز عن نفقتها فملك الفسخ كالحررة ، وإن لم تفسخ : فقال القاضي لسيدتها الفسخ لأن عليه ضرراً في عدمها لما يتعلق بقواتها من فوات ملكه وتلفه ، فإن

أنفق عليها سيدها محتسباً بالرجوع فله الرجوع بها على الزوج رضيت بذلك أو كرهت لأن الدين خالص حقه لا حق لها فيه ، وإنما تعلق حقها بالنفقة الحاضرة لوجوب صرفها اليها وقوام بدنها بها بخلاف الماضية .

وقال أبو الخطاب وأصحاب الشافعي ليس لسيدها الفسخ لعسرة زوجها بالنفقة لأنها حق لها فلم يملك سيدها الفسخ دونها كالفسخ للعيب فإن كانت معتومة أنفق المولى وتكون النفقة ديناً في ذمة الزوج وإن كانت عاقلة قال لها السيد إن أردت النفقة فافسخي النكاح وإلا فلا نفقة لك عندي .

(فصل)

وإن اختلف الزوجان في الانفاق عليها أو في تقييضها نفقتها فالقول قول المرأة لأنها منكورة والأصل معها ، وإن اختلفا في التمسكين الموجب للنفقة أو في وقته فقالت كان ذلك من شهر فقال بل من يوم فالقول قوله لأنه منكر والأصل معه وإن اختلفا في يساره قاعدته المرأة أو الزوج ليفرض لها نفقة الموسرين أو قالت كنت موسراً وأنكر ذلك ، فإن عرف له مال فالقول قوالها وإلا فالقول قوله ، وبهذا كله قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي .

وإن اختلفا في فرض الحاكم للنفقة أو في وقتها فقال فرضها منذ شهر فقالت بل منذ عام فالقول قوله ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال مالك : إن كان مقبلاً معها فالقول قوله ، وإن كان غائباً عنها فالقول قول المرأة من يوم رفعت أمرها إلى الحاكم .

ولنا أن قوله يوافق الأصل فقدم كما لو كان مقبلاً معها وكل من قلنا القول قوله فلخصمه عليه اليمين لأنها دعاو في المال فأشبهت دعوى الدين ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ولكن اليمين على المدعى عليه » وإن دفع الزوج إلى امرأته نفقة وكسوة أو بعث به اليها فقالت إنما فعلت ذلك تبرعاً وهبة وقال بل وفاء للواجب على فالقول قوله لأنه أعلم بنيته أشبه ما لو قضى دينه واختلف هو وغريمه في نيته وإن طلق امرأته وكانت حاملاً فوضعت فقال طلقتك حاملاً فأنقضت عدتك بوضع الحمل وانقطعت نفقتك ورجعتك ، وقالت بل بعد الوضع فلي النفقة ولك الرجعة فالقول قولها لأن الأصل بقاء النفقة وعدم المسقط لها وعليها العدة

ولا رجعة للزوج لإقراره بعدمها ، وإن رجع فصدقها فله الرجعة لأنها مقررة له بها
وان قال طلقتهك بعد الوضع فلي الرجعة ولك النفقة وقالت بل وأنا حامل فالقول
قوله لأن الأصل بقاء الرجعة ولا نفقة لها ولا عدة عليها لأنها حق الله تعالى
فالقول قولها فيها وان عاد فصدقها سقطت رجعتها ووجب لها النفقة ، هذا في ظاهر
الحكم ، فأما فيما بينه وبين الله تعالى فينبني على ما يعلبه من حقيقة الأمر دون ما قاله

فصل

وان طلق الرجل امرأته فادعت أنها حامل لتكون لها النفقة أنفق عليها
ثلاثة أشهر ثم ترى القوابل بعد ذلك لأن الحمل بين بعد ثلاثة أشهر إلا أن
تظهر براءتها من الحمل بالحيض أو بغيره فتقطع نفقتها كما تنقطع إذا قال القوابل
ليست حاملا ويرجع عليها بما أنفق لأنها أخذت منه ما لا تستحقه ويرجع عليها
كما لو ادعت عليه ديناً وأخذته منه ثم تبين كذبها .

وعن أحمد رواية أخرى لا يرجع عليها لأنه أنفق عليها بحكم آثار النكاح
فلم يرجع به كالنفقة في النكاح الفاسد إذا تبين فسادها ، وان علمت براءتها من الحمل
بالحيض فكتمته فينبغي أن يرجع عليها قولاً واحداً لأنها أخذت النفقة مع علمها
ببرائتها كما لو أخذتها من ماله بغير علمه .

وان ادعت الرجعية الحمل فأنفق عليها أكثر من مدة عدتها يرجع عليها بالزيادة
ويرجع في مدة العدة اليها لأنها أعلم بها فالقول قولها فيها مع يمينها ، فإن قالت
قد ارتفع حيضى ولم أدر ما رفعه فعدتها سنة إن كانت حرة .

وان قالت قد انقضت بثلاثة قروء وذكر آخرها فلها النفقة الى ذلك
ويرجع عليها بالزائد ، وان قالت لا أدري متى آخرها رجعتنا الى عاداتنا فحسبنا
لها بها . وان قالت عادتى تختلف فتطول وتقصر انقضت العدة بالاقصر لأنه اليقين
وان قالت عادتى تختلف ولا أعلم رددناها الى غالب عادات النساء في كل شهر
قرء لانا رددنا المنحيرة الى ذلك في أحكامها فكذلك هذه . وإن بان أنها حامل
من غيره مثل أن تلده بعد أربع سنين فلا نفقة عليه لمدة حملها لأنه من غيره ،
وان كانت رجعية فلم النفقة في مدة عدتها فإن كانت انقضت قبل حملها فلم النفقة

إلى انقضائها ، وان حملت في أثناء عدتها فلها النفقة الى الوطء الذي حملت ثم لا نفقة لها حتى تضع حملها ثم تكون لها النفقة في تمام عدتها ، وان وطئها زوجها في العدة الرجعية حصلت الرجعة .

وان قلنا لا تحصل بالنسب لاحق به وعليه النفقة لمدة حملها ، وان وطئها بعد انقضاء عدتها أو وطئ البائن عالماً بذلك وبتحريمه فهو زنا لا يلحقه نسب الولد ولا نفقة عليه من أجله ، وان جهل بينوتها أو انقضاء عدة الرجعية أو تحريم ذلك وهو ممن يحمله لحقه نسبه ، وفي وجوب النفقة عليه روايتان .

« مسألة ، قال (ويجبر الرجل على نفقة والديه وولده الذكور والإناث إذا كانوا فقراء وكان له ما ينفق عليهم) »

الأصل في وجوب نفقة الوالدين والمولودين الكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) أوجب أجر رضاع الولد على أبيه ، وقال سبحانه (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) وقال سبحانه (وقضى ربك أن لا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً) ومن الإحسان الاتفاق عليهما عند حاجتهما ، ومن السنة قول النبي صلى الله عليه وسلم لعند « خذى ما يكفيك وولديك بالمعروف ، متفق عليه .

وروت عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه ، رواه أبو داود ، وأما الإجماع فحكى ابن المنذر قال أجمع أهل العلم على أن نفقة الوالدين الفقيرين اللذين لا كسب لهما ولا مال واجبة في مال الولد وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم ، ولأن ولد الإنسان بعضه وهو بعض والده فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه وأهله كذلك على بعضه وأصله .

إذا ثبت هذا : فإن الأم تجب نفقتها ويجب عليها أن تنفق على ولدها إذا لم يكن له أب ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وحكى عن مالك أنه لا نفقة عليها ولا لها لأنها ليست عصة لولدها .

ولنا قوله سبحانه (وبالوالدين إحساناً) وقال النبي صلى الله عليه وسلم لرجل

سأله من أبر؟ قال: أمك ثم أمك ثم أمك ثم أباك ثم الأقرب فالأقرب، رواه أبو داود، ولأنها أحد الوالدين فأشبهت الأب، ولأن بينهما قرابة توجب رد الشهادة ووجوب العتق فأشبهت الأب، فإن أعسر الأب وجبت النفقة على الأم ولم ترجع بها عليه إن أيسر، وقال أبو يوسف ومحمد ترجع عليه. ولنا: أن من وجب عليه الاتفاق بالقرابة لم يرجع به كالأب.

(فصل) ويجب الاتفاق على الأجداد والجندات وإن علوا وولد الولد وإن سفلوا وبذلك قال الشافعي والثوري وأصحاب الرأي، وقال مالك لا تجب النفقة عليهم ولا أهم لأن الجد ليس باب حقيق.

ولنا قوله سبحانه (وعلى الوارث مثل ذلك) ولأنه يدخل في مطلق اسم الولد والوالد بدليل أن الله تعالى قال (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) فيدخل فيهم ولد البنين وقال (ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد) وقال (ملة أبيكم إبراهيم) ولأن بينهما قرابة توجب العتق ورد الشهادة فأشبه الولد والوالد القريين.

(فصل)

ويشترط لوجوب الاتفاق ثلاثة شروط.

أحدها: أن يكونوا فقراء لا مال لهم ولا كسب يستغنون به عن اتفاق غيرهم فإن كانوا موسرين بمال أو كسب يستغنون به فلا نفقة لهم لأنها تجب على سبيل المواساة والموسر مستغن عن المواساة.

الثاني أن تكون لمن تجب عليه النفقة ما ينفق عليهم فاضلا عن نفقة نفسه أما من ماله وإما من كسبه، فأما من لا يفضل عنه شيء فليس عليه شيء لما روى جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه فإن فضل فعلى عياله، فإن كان فضل فعلى قرابته، وفي لفظ: أبدأ بنفسك ثم بمن تعول، حديث صحيح.

وروى أبو هريرة: أن رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله عندي دينار قال: تصدق به على نفسك. قال عندي آخر قال: تصدق به على ولدك. قال عندي آخر قال: تصدق به على زوجك. قال عندي آخر قال:

تصدق به على خادمك . قال عندى آخر قال : أنت أبصر ، رواه أبو داود ، ولأنها مواساة فلا تجب على المحتاج كالزكاة .

الثالث : أن يكون المنفق وارثاً لقول الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ، ولأن بين المتوارثين قرابة تقتضى كون الوارث أحق بمال الموروث من سائر الناس ، فينبغى أن يختص بوجوب صلته بالنفقة دونهم ، فإن لم يكن وارثاً لعدم القرابة لم تجب عليه النفقة لذلك ، وإن امتنع الميراث مع وجود القرابة لم يخل من ثلاثة أقسام .

أحدها : أن يكون أحدهما رقيقاً فلا نفقة لأحدهما على صاحبه بغير خلاف لأنه لا ولاية بينهما ولا ارث فأشبهه الأجنيبين ، ولأن العبد لا مال له فتجب عليه النفقة وكسبه لسيدته ونفقته على سيده فيستغنى بها عن نفقة غيره .

الثانى أن يكون دينهما مختلفاً فلا نفقة لأحدهما على صاحبه ، وذكر القاضى فى عمودى النسب روايتين :

أحدهما : تجب النفقة مع اختلاف الدين ، وهو مذهب الشافعى لأنها نفقة تجب مع اختلاف الدين فتجب مع اختلافه كنفقة الزوجة والمملوكة ، ولأنه يعتق على قريبه فيجب عليه الاتفاق عليه كما لو اتفق دينهما

وأما أنها مواساة على سبيل البر والصلة فلم تجب مع اختلاف الدين كنفقة غير عمودى النسب ولأنهما غير متوارثين فلم يجب لأحدهما على الآخر نفقته بالقرابة كما لو كان أحدهما رقيقاً ، وتفارق نفقة الزوجات لأنها عوض يجب مع الاعسار فلم ينافيها اختلاف الدين كالصداق والاجرة ، وكذلك تجب مع الرق فيهما أو فى أحدهما . وكذلك نفقة المالك والعق عليه يبطل بسائر ذوى الرحم المحرم فإنهم يعتقون مع اختلاف الدين ولا نفقة لهم معه ، ولأن هذه صلة ومواساة فلا تجب مع اختلاف الدين كأداء زكاته اليه وعقله عنه وإرثه منه .

الثالث : أن يكون القريب محجوباً عن الميراث بمن هو أقرب منه ، فينظر فإن كان الأقرب موسراً فالنفقة عليه ولا شيء على المحجوب به لأن الأقرب أولى بالميراث منه فيكون أولى بالاتفاق ، وإن كان الأقرب معسراً وكان من ينفق عليه

من عمودى النسب وجبت نفقته على المولى ، وذكر القاضى فى أب معسر وجد مولى أن النفقة على الجد . وقال فى أم معسرة وجدة مولى النفقة على الجدة . وقد قال أحمد : لا يدفع الزكاة الى ولد ابنته لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ان ابني هذا سيد ، فسماه ابنه وهو ابن ابنته ، واذا منع من دفع الزكاة اليهم لقرابتهم يجب أن تلزمه نفقتهم عند حاجتهم . وهذا مذهب الشافعى

وان كان من غير عمودى النسب لم يجب النفقة عليه اذا كان محجوبا . قال القاضى وأبو الخطاب فى ابن فقير وأخ مولى : لا نفقة عليهما ، لأن الابن لا نفقة عليه لعسرته ، والاخ لا نفقة عليه لعدم ارثه ، ولان قرابته ضعيفة لا تمنع شهادته له ، فاذا لم يكن وارثا لم يجب عليه النفقة كذوى الرحم ويخرج فى كل وارث لولا الحجب اذا كان من يحجبه معسرا وجهان . أحدهما : لا نفقة عليه لانه ليس بوارث أشبه الاجنبى . والثانى عليه النفقة لوجود القرابة المقتضية للإرث والاتفاق ، والمانع من الارث لا يمنع من الاتفاق لانه معسر لا يمكنه الاتفاق فوجوده بالنسبة الى الاتفاق كعدمه

(فصل)

فأما ذوى الارحام الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب ، فان كانوا من غير عمودى النسب فلا نفقة عليهم ، نص عليه أحمد فقال : الحالة والعمة لا نفقة عليهما قال القاضى : لا نفقة لهم رواية واحدة ، وذلك لان قرابتهم ضعيفة وانما يأخذون ماله عند عدم الوارث فهم كسائر المسلمين ، فان المال يصرف اليهم اذا لم يكن للميت وارث ، وذلك الذى يأخذه بيت المال ، ولذلك يقدم الرد عليهم . وقال أبو الخطاب : يخرج فيهم رواية أخرى : أن النفقة تلزمهم عند عدم العصباء وذوى الفروض لأنهم وارثون فى تلك الحال . قال ابن أبى موسى : هذا يتوجه على معنى قوله والاول هو المنصوص عنه .

فأما عمود النسب فذكر القاضى ما يدل على أنه يجب الاتفاق عليهم ، سواء كانوا من ذوى الارحام كأب الأم وابن البنت أو من غيرهم ، وسواء كانوا محجوبين أو وارثين ، وهذا مذهب الشافعى . وذلك لان قرابتهم قرابة جزئية وبعضية وتقتضى رد الشهادة وتمنع جريان التخصيص على الوالد بقتل الولد

وإن سفل ، فأوجبت النفقة على كل حال ، كقراءة الأب الأدنى .

(فصل) ولا يشترط في وجوب نفقة الوالدين والمولودين نقص الحلقة ولا نقص الأحكام في ظاهر المذهب ، وظاهر كلام الحرقى ، فإنه أوجب نفقة لهم مطلقا إذا كانوا فقراء وله ما ينفق عليهم .

وقال القاضى : لا يشترط في الوالدين وهل يشترط ذلك في الولد ؟ فكلام أحد يقتضى روايتين . إحداهما تلزمه نفقته لأنه فقير . والثانية إن كان يكتسب فينفق على نفسه لم تلزم نفقته : وهذا القول يرجع إلى أن الذى لا يقدر على كسب ما يقوم به تلزم نفقته رواية واحدة ، سواء كان ناقص الأحكام كالصغير والمجنون أو ناقص الحلقة كالزمن ، وإنما الروايتان فيمن لا حرفة له ممن يقدر على الكسب ببدنه . وقال الشافعى : يشترط نقصانه إما من طريق الحكم أو من طريق الحلقة . وقال أبو حنيفة : ينفق على الغلام حتى يبلغ ، فإذا بلغ صحيحا انقطعت نفقته ، ولا تسقط نفقة الجارية حتى تتزوج ، ونحوه قال مالك إلا أنه قال ينفق على النساء حتى يتزوجن ويدخل بهن الأزواج ، ثم لا نفقة لهن وإن طلقن ، ولو طلقن قبل البناء بهن فهن على نفقتهن .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم لهند « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » لم يستثن منهم بالغاً ولا صحيحاً ، ولأنه والد أو ولد فقير فاستحق النفقة على والده أو ولده الغنى كما لو كان زمناً أو مكفوفاً : فأما الوالد فإن أبا حنيفة وافقنا على وجوب نفقته صحيحاً إذا لم يكن ذا كسب ، وللشافعى في ذلك قولان . ولنا أنه والد محتاج فأشبهه الزمن .

(فصل) ومن كان له أب من أهل الانفاق لم تجب نفقته على سواء ، لأن الله تعالى قال (فإن أرخصن لكم فآتوهن أجورهن) وقال (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن) وقال النبى صلى الله عليه وسلم لهند « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » فجعل النفقة على أبيهم دونها ، ولا خلاف في هذا نعلمه ، إلا أن لأصحاب الشافعى فيما إذا اجتمع للفقير أب وابن موسران وجهين . أحدهما أن النفقة على الأب وحده . والثانى عليها جميعاً لتساويهما في القرب

ولنا أن النفقة على الأب منصوص عليها فيجب اتباع النص وترك ما عداه .

(فصل) ويلزم الرجل اعفاف ابنه اذا احتاج الى النكاح ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، ولهم في اعفاف الاب الصحيح وجه آخر : انه لا يجب ، وقال أبو حنيفة : لا يلزم الرجل اعفاف أبيه ، سواء وجبت نفقته أو لم تجب لأن ذلك من أعظم الملاذ فلم يجب للأب كالحلواء ولأنه أحد الأبوين فلم يجب ذلك له كالأم ولنا أن ذلك مما تدعو حاجته اليه ويستضر بفقده فلزم ابنه له كالنفقة ، ولا يشبه الحلواء لأنه لا يستضر بفقدها ، وإنما يشبه الطعام والادم ، وأما الأم فإنما اعفافها بتزويجها اذا طلبت ذلك وخطبها كفؤها ، ونحن نقول بوجوب ذلك عليه وهم يوافقونا في ذلك

اذا ثبت هذا فإنه يجب اعفاف من لزمت نفقته من الآباء والاجداد ، فان اجتمع جدان ولم يمكن الا اعفاف أحدهما قدم الاقرب ، الا أن يكون أحدهما من جهة الأب والآخر من جهة الأم ، فيقدم الذي من جهة الأب وان بعد لأنه عصبة ، والشرع قد اعتبر جهته في التوريث والتعصيب فكذلك في الاتفاق والاستحقاق (فصل) واذا وجب عليه اعفاف أبيه فهو مخير ان شاء زوجه حرة وان شاء ملكة أمة أو دفع اليه ما يتزوج به حرة أو يشتري به أمة . وليس للأب التخيير عليه الا أن الأب اذا عين امرأة وعين الابن أخرى وصداقهما واحد قدم تعيين الأب لان النكاح له والمؤنة واحدة فقدم قوله كما لو عينت البنت كفؤاً وعين الأب كفؤاً يقدم تعيينها ، وان اختلفا في الصداق لم يلزم الابن الاكثر ، لانه إنما يلزم أقل ما تحصل به الكفاية ، ولكن ليس له أن يزوجه أو يملكه قبيحة أو كبيرة لا استمتاع فيها ، وليس له أن يزوجه أمة لان فيه ضرراً عليه ، وهو ارفاق ولده والنقص في استمتاعه ، وان رضى الأب بذلك لم يجز لان الضرر يلحق بغيره وهو الولد ولذلك لم يكن للموسر أن يتزوج أمة ، واذا زوجه زوجة أو ملكة أمة فعليه نفقته ونفقتها ، ومتى أيسر الأب لم يكن للولد استرجاع مادمعه اليه ولا عوض ما زوجه به لأنه دفعه اليه في حال وجوبه عليه فلم يملك استرجاعه كالزكاة ، وان زوجه أو ملكة أمة فطلق الزوجة أو أعتق الأمة لم يكن عليه أن يزوجه أو يملكه ثانياً لأنه فوت ذلك على نفسه ، وان ماتا فعليه اعفافه ثانياً لأنه لا صنع له في ذلك

(فصل) قال أصحابنا : وعلى الأب إعفاف ابنه إذا كانت عليه نفقته وكان محتاجا إلى إعفائه ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم لا يجب ذلك عليه ولنا أنه من عمودي نسبه وتلزمه نفقته فيلزمه إعفائه عند حاجته إليه كأبيه . قال القاضي : وكذلك يجيء في كل من أزمته نفقته من أخ وعم أو غيرهم لأن أحد قد نص في العبد يلزمه أن يزوجه إذا طلب ذلك وإلا يبيع عليه ، وكل من أزمه إعفائه لزمته نفقة زوجته لأنه لا يتمكن من الإعفاف إلا بذلك ، وقد روى عن أحمد أنه لا يلزم الأب نفقة زوجة الابن ، وهذا محمول على أن الابن كان يجد نفقتها .

« مسألة ، قال (وكذلك الصبي إذا لم يكن له أب أجبر وارثه على نفقته على قدر ميراثهم منه) »

ظاهر المذهب أن النفقة تجب على كل وارث لموروثه إذا اجتمعت الشروط التي تقدم ذكرنا لها ، وبه قال الحسن ومجاهد والنخعي وقتادة والحسن بن صالح وابن أبي ليلى وأبو ثور .

وحكى ابن المنذر عن أحمد في الصبي الموضع لا أب له ولا جد : نفقته وأجر رضاعه على الرجال دون النساء ، وكذلك روى بكر بن محمد عن أبيه عن أحمد : النفقة على العصابات ، وبه قال الاوزاعي وإسحاق ، وذلك لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قضى على بني عم منفوس بنفقته احتج به أحمد ، قال ابن المنذر روى عن عمر أنه حبس عصابة بنفقون على صبي ، الرجال دون النساء ، ولأنها مواساة ومعوونة تختص القرابة فاختصت بالعصابات كالعقل .

وقال أصحاب الرأي : تجب النفقة على كل ذي رحم محرم ولا تجب على غيرهم لقول الله تعالى (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله)

وقال مالك والشافعي وابن المنذر : لا نفقة إلا على المولودين والوالدين ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل سألته عندي دينار ؟ قال : أنفقه على نفسك . قال عندي آخر ؟ قال : أنفقه على أهلك . قال عندي آخر ؟ قال : أنفقه على خادمك . قال عندي آخر ؟ قال : أنت أعلم به ، ولم يأمره بإنفاقه على غير هؤلاء ، ولأن الشرع

إنما ورد بنفقة الوالدين والمولودين، ومن سواهم لا يلحق بهم في الولادة وأحكامها فلا يصح قياسه عليهم .

ولنا قول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف - ثم قال - وعلى الوارث مثل ذلك) فأوجب على الأب نفقة الرضاع ، ثم عطف الوارث عليه فأوجب على الوارث مثل ما أوجب على الوالد .

وروى أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم : من أباك وأباك وأختك وأخاك ، وفي لفظ : ومولاك الذي هو أدناك حقا واجبا ورحما موصولا ، رواه أبو داود . وهذا نص لأن النبي صلى الله عليه وسلم ألزمه الصلة والبر ، والنفقة من الصلة جعلها حتما واجبا

وما احتج به أبو حنيفة حجة عليه فإن اللفظ عام في كل ذى رحم فيكون حجة عليه فيمن عدا ذا الرحم المحرم وقد اختصت بالوارث في الإرث فكذلك في الانفاق وأما خبر أصحاب الشافعي فقضية في عين يحتمل أنه لم يكن له غير من أمر بالانفاق عليه ، ولهذا لم يذكر الوالد والأجداد وأولاد الأولاد

وقولهم : لا يصح القياس قلنا : إنما أثبتناه بالنص ثم أنهم قد ألحقوا أولاد الأولاد بالأولاد مع التفاوت فبطل ما قالوه . إذا ثبت هذا ، فإنه يختص بالوارث بفرض أو تعصيب لعموم الآية ، ولا يتناول ذوى الأرحام على ما مضى بيانه ، فإن كان اثنان يرث أحدهما الآخر ولا يرثه الآخر ، كالرجل مع عمته أو ابنة عمه وابنة أخيه والمرأة مع ابنة بنتها وابن بنتها فالنفقة على الوارث دون الموروث . نص عليه أحمد في رواية ابن زياد ، فقال يلزم الرجل نفقة عمته ولا يلزمه نفقة بنت أخته ، وذكر أصحابنا رواية أخرى : لا تجب النفقة على الوارث ههنا لقول أحمد العممة والحالة لا نفقة لهما ، إلا أن القاضي قال : هذه الرواية محمولة على العممة من الأم فإنه لا يرثها لكونه ابن أخيها من أمها ، وقد ذكر الحرقى أن على الرجل نفقة معتقه لأنه وارثه . ومعلوم أن المعتق لا يرث معتقه ولا تلزمه نفقته فعلى هذا يلزم الرجل نفقة عمته لأبويه أو لآبيه وابنة عمه وابنة أخته كذلك ولا يلزمه نفقته وهذا هو الصحيح إن شاء الله لقول الله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) وكل واحد من هؤلاء وارث .

« مسألة ، قال (فان كان للصبي أم وجد فعلى الأم ثلث النفقة وعلى الجد ثلثا النفقة)

وجملته أنه اذا لم يكن للصبي أب فالنفقة على وارثه ، فان كان له وارثان فالنفقة عليهما على قدر ارثهما منه ، وإن كانوا ثلاثة أو أكثر فالنفقة بينهم على قدر ارثهم منه ، فاذا كان له أم وجد فعلى الأم الثلث والباقي على الجد لأنهما يرثانه كذلك ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي النفقة كلها على الجدة لانه ينفرد بالتعصيب فأشبهه الأب ، وقد ذكرنا رواية أخرى عن أحمد : أن النفقة على العصبات خاصة .

ولنا قول الله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) والأم وارثة فكان عليها بالنص ولانه معنى يستحق بالنسب فلم يختص به الجد دون الأم كالورثة
(فصل) وان اجتمع ابن وبنت فالنفقة بينهما أثلاثا كالميراث ، وقال أبو حنيفة : النفقة عليهما سواء لانهما سواء في القرب ، وان كان أم وابن فعلى الأم السدس والباقي على الإبن ، وان كانت بنت وابن ابن فالنفقة بينهما نصفين ، وقال أبو حنيفة : النفقة على البنت لانها أقرب ، وقال الشافعي : في هذه المسائل الثلاث ، النفقة على الإبن لانه العصبة ، وان كانت له أم وبنت فالنفقة بينهما أرباعا لانها يرثانه كذلك ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : النفقة على البنت لانها تكون عصبة مع أخيها ، وان كانت له بنت وابن بنت فالنفقة على البنت ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين : النفقة على ابن البنت لانه ذكر .

ولنا قول الله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) فرتب النفقة على الارث ، فيجب أن تترتب في المقدار عليه ، وإيجابها على ابن البنت بخلاف النص والمعنى فانه ليس بعصبة ولا وارث فلا معنى لإيجابها عليه دون البنت الوارثة

« مسألة ، قال (فان كانت جدة وأخا ، فعلى الجدة سدس النفقة والباقي على الاخ ، وعلى هذا المعنى حساب النفقات)

يعنى أن ترتيب النفقات على ترتيب الميراث ، فكما أن للجدة ههنا سدس الميراث فعليها سدس النفقة ، وكما أن الباقي للأخ فكذلك الباقي من النفقة عليه ،

وعند من لا يرى النفقة على غير عمودي النسب يجعل النفقة كلها على الجدة ، وهذا أصل قد سبق الكلام فيه ، فإن اجتمع بنت وأخت أو بنت وأخ أو بنت وعصبة أو أخت وعصبة أو أم أو بنت وبنت ابن أو أخت لأبوين وأخت لأب أو ثلاث أخوات متفرقات فالنفقة بينهم على قدر الميراث في ذلك سواء كان في المسألة رد أو عول أو لم يكن وعلى هذا تحسب ما أتاك من المسائل ، وإن اجتمع أم وأم أب فهما سواء في النفقة لاستيرائهما في الميراث .

(فصل) فإن اجتمع أبوا أم فالنفقة على أم الأم لأنها الوارثة ، وإن اجتمع أبوا أب فعلى أم الأب السدس والباقي على الجد ، وإن اجتمع جد وأخ فهما سواء وإن اجتمعت أم وأخ وجد فالنفقة بينهم أثلاثاً ، وقال الشافعي النفقة على الجد في هذه المسائل كلها إلا المسألة الأولى فالنفقة عليهما بالسوية ، وقد مضى الكلام على أصل هذا فيما تقدم .

(فصل)

فإن كان فيمن عليه النفقة خنث مشكل فالنفقة عليه بقدر ميراثه ، فإن انكشف بعد ذلك حاله فبان أنه أنفق أكثر من الواجب عليه رجع بالزيادة على شريكه في الانفاق ، وإن بان أنه أنفق أقل رجع عليه ، فلو كان للرجل ابن وولد خنث عليهما نفقته فأنفقاً عليه ثم بان أن الخنثى ابن رجع عليه أخوه بالزيادة ، وإن بان بنتاً رجعت على أخيها بفضل نفقتها لأن من له الفضل أدى ما لا يجب عليه أداؤه معتقداً وجوبه ، فإذا تبين خلافه رجع بذلك كما لو أدى ما يعتقده ديناً فبان بخلافه .

(فصل) فإن كان له قرابتان موسران وأحدهما محجوب عن ميراثه بفقر فقد ذكرنا أنه إن كان المحجوب من عمودي النسب فالظاهر أن الحجب لا يسقط النفقة عنه ، وإن كان من غيرهما فلا نفقة عليه ، فعلى هذا إذا كان له أبوان وجد والأب معسر كان الأب كالمعدوم فيكون على الأم ثلث النفقة والباقي على الجد وإن كان معهم زوجة فكذلك .

وإن قلنا : لا نفقة على المحجوب فليس على الأم هبنا إلا ربع النفقة ولا شيء على الجد ، وإن كان أبوان وأخوان وجد والأب معسر فلا شيء على الأخوين

لأنهما محجوبان وإيسا من عمودى النسب ويكون على الام الثلث والباقي على الجد كما لو لم يكن أحد غيرهما ، ويحتمل أن لا يجب على الام إلا السدس لأنه لو كان الاب معدوما لم ترث إلا السدس .

وان قلنا : إن كل محجوب لا نفقة عليه ، فليس على الام إلا السدس ولا شيء على غيرها ، وان لم يكن في المسألة جد فالنفقة كلها على الام على القول الاول ، وعلى الثانى ليس عليها إلا السدس .

وان قلنا : ان على المحجوب بالمعسر النفقة وان كان من غير عمودى النسب فعلى الام السدس والباقي على الجد والاخوان أثلاثا كما يرثون إذا كان الاب معدوما وان كان بعض من عليه النفقة غائبا وله مال حاضر أنفق الحاكم منه حصته وان لم يوجد له مال حاضر فأمكن الحاكم الاقتراض عليه اقتراض فاذا قدم فعليه وفاؤه

(فصل) ومن لم يفضل عن قوته إلا نفقة شخص وله امرأة فالنفقة لها دون الاقارب لقول النبي صلى الله عليه وسلم ، في حديث جابر ، إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه ، فان كان له فضل فملى عياله ، فان كان له فضل فملى قرابته ، ولان نفقة القريب مواساة ونفقة المرأة تجب على سبيل المعاوضة ، فقدمت على مجرد المواساة ولذلك وجبت مع يسارهما وإعسارهما .

ونفقة القريب بخلاف ذلك ، ولان نفقة الزوجة تجب لحاجته فقدمت على نفقة القرابة كنفقة نفسه ، ثم من بعدها نفقة الرقيق لأنها تجب مع اليسار والاعسار فقدمت على مجرد المواساة ، ثم من بعد ذلك الاقرب فالاقرب ، فان اجتمع أب وجد وابن وابن ابن قدم الاب على الجد والابن على ابنة ، وقال اصحاب الشافعى فى احد الوجهين : يستوى الاب والجد والابن وابنة لتساويهم فى الولادة والتعصيب

ولنا ان الاب والابن اقرب واحق بميراثه فكانا احق كالاب مع الأخ ، وان اجتمع ابن وجد او اب وابن ابن احتمل وجهين :

احدهما : تقديم الابن والاب لانهما اقرب فانهما يليانه بغير واسطة ولا يسقط إرثهما بحال ، والجد وابن الابن بخلافهما ، ويحتمل التسوية بينهما لأنهما سواء فى الارث والتعصيب والولادة ؛ وإن اجتمع جد وابن ابن فهما سواء لتساويهما

في القرب والارث والولادة والتعصيب ، ويحتمل فيهما ما يحتمل في الأب والابن على ما سند كره .

(فصل . وان اجتمع أب وابن فقال القاضي ان كان الابن صغيراً أو مجنوناً قدم لأن نفقته وجبت بالنص مع أنه عاجز عن الكسب ، والأب قد يقدر عليه وان كان الابن كبيراً والأب زمن فهو ' حتى لأن حرمة آكد وحاجته أشد ، ويحتمل تقديم الابن لأن نفقته وجبت بالنص ، وان كانا محيين فقيرين ففيهما ثلاثة أوجه .

أحدها . التسوية بينهما لتساويهما في القرب وتقابل مرتبتهما . والثاني : تقديم الابن لوجوب نفقته بالنص . والثالث : تقديم الأب لتأكد حرمة ، وان اجتمع أبوان ، ففيهما الوجوه الثلاثة .
أحدها : التسوية لما ذكرنا .

والثاني : تقديم الأم لأنها أحق بالبر ولها فضيلة الحمل والرضاع والتربية وزيادة الشفقة وهي أضعف وأعجز .

والثالث : تقديم الأب لفضيله وانفراده بالولاية على ولده واستحقاق الاخذ من ماله وإضافة النبي صلى الله عليه وسلم الولد وماله اليه بقوله « أنت ومالك لأبيك » ، والاول أولى ، وان اجتمع جد وأخ احتل التسوية بينهما لاستوائهما في استحقاق ميراثه والصحيح أن الجد أحق لأن له مزية الولادة والابوة ولأن ابن ابنه يرثه ميراث ابن ويرث الاخ ميراث أخ وميراث الابن آكد فالنفقة الواجبة به تكون آكد ، وان كان مكان الاخ ابن أخ أو عم فالجد أولى بكل حال .

١ فصل . والواجب في نفقة القريب قدر الكفاية من الخبز والادم والكسوة بقدر العادة على ما ذكرناه في الزوجة لأنها وجبت للحاجة فتقدرت بما تندفع به الحاجة ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « خذني ما يكفيك » ولدك بالمعروف ، بقدر نفقتهم ونفقة وادها بالكفاية ، فإن احتاج الى خادم فعليه إعدامه كما قلنا في الزوجة لأن ذلك من تمام كفايته .

« مسألة ، قال (وعلى المعتق نفقة معتمه إذا كان فقيراً لأنه وارثه)

هذا مبني على الأصل الذي تقدم وأن النفقة تجب على الوارث ، والمعتق وارث عتيقه فتجب عليه نفقته إذا كان فقيراً ولمولاه يسار ينفق عليه منه ، وقال مالك والشافعي وأصحاب الرأي لا تجب عليه نفقته بناء على أصولهم التي ذكرناها .

ولنا قول الله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) وقال النبي صلى الله عليه وسلم : أمك وأباك ، وأختك وأخاك ، ثم أدناك أدناك ، ومولاك الذي يلي ذاك ، حقاً واجباً ورحاماً موصولاً ، ولأنه يرثه بالتعصيب فكانت عليه نفقته كالآب ، ويشترط في وجوب الاتفاق عليه الشروط المذكورة في غيره .

(فصل) فإن مات مولاه فالنفقة على الوارث من عصباته على ما بين في باب الولاء . ويجب على السيد نفقة أولاد عتيقه إذا كان له عليهم ولأولاد عصبتهم ووارثهم ، وعليه نفقة أولاد معتقه إذا كان أبوه عبداً كذلك ، فإن اعتق أبوه فأنجر الولاء إلى معتقه صار ولاؤه لمعتق أبيهم ونفقتهم عليه إذا كملت الشروط ، وليس على المعتق نفقة معتقه إذا كان فقيراً لأنه لا يرثه ، فإن كان كل واحد منهما مولى صاحبه مثل أن يعتق الحرابي عبداً ثم يسبي العبد سيده فيعتقه فعلى كل واحد منهما نفقة الآخر لأنه يرثه .

مسألة ، قال (وإذا زوجت الأمة لزم زوجها أو سيده إن كان مملوكاً نفقتها)

وجملته أن زوج الأمة لا يخلو إما أن يكون حراً أو عبداً أو بعضه حر وبعضه عبد فإن كان حراً فنفقتها عليه للنص واتفاق أهل العلم على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن البالغين والأمة داخله في عمومهن ، ولأنها زوجة ممكنة من نفسها فوجب على زوجها نفقتها كالحرية ، وإن كان زوجها مملوكاً فالنفقة واجبة لزوجته لذلك ، قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن على العبد نفقة زوجته ، هذا قول الشعبي والحكم والشافعي ، وبه قال أصحاب الرأي إذا برأها بيتاً .

وحكى عن مالك أنه قال : ليس عليه نفقتها لأن النفقة مواساة وليس هو من أهلها ولذلك لا تجب عليه نفقة أقاربه ولا زكاة ماله .

ولنا : أنها عوض واجب في النكاح فوجب على العبد كالمهر ، والدليل على

أنها عوض أنها تجب في مقابلة التمسكين ، ولهذا تسقط عن الحر بفوات التمسكين وفارق نفقة الاقارب ، إذا ثبت وجوبها على العبد فإنها تلزم سيده لأن السيد أذن له في النكاح المفضى الى إيجابها .

وقال ابن أبي موسى فيه رواية أخرى : أنها تجب في كسب العبد وهو قول أصحاب الشافعى لأنه لم يمكن إيجابها في ذمته ولا رقبته ولا ذمة سيده ولا إسقاطها فلم يبق إلا أن تتعلق بكسبه ، وقال القاضى : تتعلق برقبته لأن الوطء في النكاح بمنزلة الجنابة وأرش جنابة العبد يتعلق برقبته يباع فيها أو يفديه سيده وهذا قول أصحاب الرأى .

ولنا أنه دين أذن السيد فيه فلزم ذمته كالذى استدانه وكيله ، وقولهم إنه في مقابلة الوطء غير صحيح فإنه يجب من غير وطء ويجب للرقاء والحائض والنفساء وزوجة المحبوب والصغير وإنما يجب بالتمسكين وليس ذلك بجنابة ولا قائم مقامها وقول من قال إنه تعذر إيجابه في ذمة السيد غير صحيح فإنه لا مانع من إيجابه ؛ وقد ذكرنا وجود مقتضيه فلا معنى لدعوى التعذر .

مسألة ، قال (وان كانت أمة تأوى بالليل عند الزوج وبالنهار عند المولى أنفق كل واحد منهما مدة مقامها عنده)

هذه المسألة قد تقدمت وذكرنا أن النفقة في مقابلة التمسكين وقد وجد منها في الليل فتجب على الزوج النفقة فيه والباقي منها على السيد بحكم أنها مملوكة لم تجب لها نفقة على غيره في هذا الزمن فيكون على هذا على كل واحد منهما نصف النفقة وهذا أحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر لا نفقة لها على الزوج لأنها لم تكن من نفسها فى جميع الزمان فلم يجب لها شيء من النفقة كالحررة إذا بذلت نفسها فى أحد الزمانين دون الآخر .

ولنا أنه وجد التمسكين الواجب بعقد النكاح فاستحقت النفقة كالحررة إذا مكنت من نفسها فى غير أوقات الصلوات المفروضات والصوم الواجب والحج المفروض وفارق الحررة إذا امتنعت فى أحد الزمانين فإنها لم تبذل الواجب فتكون ناشراً وهذه ليست ناشراً ولا عاصية .

« مسألة ، قال (فإن كان لها ولد لم تلزمه نفقة ولده ، حراً كان أو عبداً .
ونفقتهم على سيدهم)

يعنى الأمة ليس على زوجها نفقة ولده منها وإن كان حراً ، لأن ولد الأمة عبد لسيدها ، فإن الولد يتبع أمه في الرق والحرية فتكون نفقتهم على سيدهم دون أبيهم ، فإن العبد أخص بسيده من أبيه ولذلك لا ولاية بينه وبين أبيه ولا ميراث ولا إنفاق وكل ذلك للسيد ، وقد رويت عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى أن ولد العربي يكون حراً وعلى أبيه فداؤه ؛ فعلى هذا تكون نفقتهم عليه ، ولو أعتق الولد سيده أو علق عتقه بولادته أو تزوج الأمة على أنها حرة فولده منها أحرار وعلى أبيهم نفقتهم في هذه المواضع كلها إذا كان حراً وتحققت فيه شرائط الإنفاق .

(فصل) وإذا طلق الأمة طلاقاً رجعياً فلها النفقة في العدة لأنها زوجة ، وإن أبانها وهي حائل فلا نفقة لها ، لأنها لو كانت حرة لم يكن لها نفقة فالأمة أولى وإن كانت حاملاً فلها النفقة لقوله تعالى (وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) نص على هذا أحمد ، وبه قال إسحاق .
وقد روى عن أبي عبد الله رحمه الله في نفقة الحامل روايتان : هل هي للحمل أو للحامل بسببه ؟

أحدهما هي للحمل ، فعلى هذا لا تجب للمملوكة الحامل الدائن نفقة لأن الحمل مملوك لسيدها فنفقته عليه ، وللشافعي في هذا قولان كالروايتين

(فصل) وإن طلق العبد زوجته الحامل طلاقاً باتناً أنبى على وجوب النفقة على الروايتين في النفقة هل هي للحمل أو للحامل ؟ فإن قلنا هي للحمل فلا نفقة على العبد ، وبه قال مالك

وروى ذلك عن الشعبي لأنه لا تجب عليه نفقة ولده . وإن قلنا هي للحامل بسببه وجبت لها النفقة ، وهذا قول الأوزاعي ، لأن الله تعالى قال (وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) ولأنها حامل فوجبت لها النفقة كما لو كان زوجها حراً .

فصل

والمعتق بعضه عليه من نفقة امرأته بقدر ما فيه من الحرية وباقيه على سيده أو في ضريته أو في رقبته على ما ذكرنا في العبد ، والقدر الذي يجب عليه بالحرية يعتبر فيه حاله ان كان موسراً فنفقة الموسرين ، وان كان معسراً فنفقة المعسرين والباقي يجب فيه نفقة المعسرين ، لان النفقة عما يتبعض ، وما يتبعض بعضناه في حق المعتق بعضه كالميراث والديات ، ومالا يتبعض فهو فيه كالعبد ، لان الحرية اما شرط فيه أو سبب له فلم يكمل وهذا اختيار المزني ، وقال الشافعي حكمه حكم القن في الجميع الحاقا لاحد الحكمين بالآخر .

ولنا أنه يملك بنصفه الحر ملكا تاما ولهذا يورث عنه ويكفر بالاطعام ويجب فيه نصف دية الحر فوجب أن يتبعض نفقته لانها من جملة الاحكام القابلة للتبعيض فأما نفقة أقاربه فيلزمه منها بقدر ميراثه لأن النفقة تنبئ على الميراث ، وعند المزني تلزمه كلها لانها لا تتبعض ، وعند الشافعي لا يلزمه شيء لان حكمه حكم العبد ، وقد سبق الكلام في هذا .

« مسألة ، قال (وليس على العبد نفقة - ولده ، حرة كانت زوجته أو أمه -)

أما اذا كانت زوجته - العبد حرة فولدها أحرار لان الولد يتبع الام في الرق والحرية وليس على العبد نفقة - أقاربه الأحرار لأن نفقتهم تجب على سبيل المراساة وليس هو من أهلها ؛ وأما اذا كانت زوجته مملوكة فولدها عبيد لسيدها لأنهم يتبعونها فتكون نفقتهم على سيدهم .

(فصل)

وحكم المكاتب في نفقة - الزوجات والاولاد والاقارب حكم العبد القن لأنه عبد مابق عليه درهم ، الا أنه اذا كانت له زوجة - أنفق عليهما من كسبه ، لان نفقة - الزوجه واجبه بحكم المعاوضه مع اليسار والاعسار ، ولذلك وجبت على العبد فعلى المكاتب أولى ، ولأن نفقة - المرأة لا تسقط عن أحد من الناس اذا لم يوجد منها ما يسقط نفقتها ولا يمكن إيجابها على سيده لان نفقة - المكاتب لا تجب على سيده فنفقة - امرأته أولى .

فأما نفقة أولاده وأقاربه الأحرار فلا تجب عليه لأنها تجب على سبيل المواساة وليس هو من أهلها ولذلك لا تجب عليه الزكاة في ماله ولا الفطرة في بدنه ، فإن كانت زوجته حرة فنفقة أولادها عليها لأنهم يتبعونها في الحرية ، وإن كان لهم أقارب أحرار كجد حر وأخ حر مع الأم أنفق كل واحد منهم بحسب ميراثه ، والمكاتب كأنه معدوم بالنسبة إلى النفقة .

« مسألة ، قال (وعلى المكاتب نفقة ولدها دون أبيه المكاتب)

وجملته أن المكاتب إذا كان له ولد لم يخل إما أن يكون من زوجته أو من أمته فإن كان من زوجته وكانت مكاتبه فولدها يتبعونها في الكتابة ويكونون موقوفين على كتابتها إن رقت رقوا وإن عتقت بالاداء عتقوا فتكون نفقتهم عليها بما في يديها لأنهم في حكم نفسها ونفقتها بما في يديها فكذلك على ولدها . وأما زوجها المكاتب فليس عليه نفقتهم لأنهم عبيد لسيد المكاتبه ، وإن كانت زوجته حرة أو أمة فقد بينا حكمهم ، وإن أراد المكاتب التبرع بالانفاق على ولده وكان من أمة أو مكاتبه لغير سيده أو حرة لم يكن له ذلك لأن فيه تفريراً ، قال سيده ، وإن كان من أمة لسيده جاز لأنه مملوك لسيده فهو ينفق عليه من المال الذي تعلق به حق سيده ، وإن كان من مكاتبه لسيده احتمل الجواز لأنه في الحال بمنزلة أمة ، وأمه مملوكة لسيدها ، ويحتمل أن لا يجوز لأن فيه تفريراً ، إذ لا يحتمل أن يعجز هو وتؤدي المكاتبه فيعتق ولدها فيحصل الانفاق عليها من مال سيده ويصير حراً .

« مسألة ، قال (وعلى المكاتب نفقة ولده من أمته)

أما ولد المكاتب من أمته فنفقتهم عليه ، لأن ولده من أمته تابع له يرق برقه ويعتق بعتقه فجرى مجرى نفسه في النفقة ، فكما أن المكاتب ينفق على نفسه فكذلك على ولده الذي هذا حاله ، ولأن هذا الولد ليس له من ينفق عليه سوى أبيه فإن أمه أمة للمكاتب وليس له من الأحرار أقارب فيتعين على المكاتب الانفاق عليه كأمه ولأنه لا ضرر على السيد في انفاق المكاتب على ولده من أمته لأنه إن أدى وعتق فقد وفي مال الكتابة وليس للسيد أكثر منها ، وإن عجز ورق

عاد اليه المكاتب وولده الذي أنفق عليه فكأنه إنما أنفق على عبده وتصير نفقته عليه كنفقته على سائر رقيقه .

(فصل وليس المكاتب أن يتسرى بأمته إلا بإذن سيده لأن ملكه غير تام وعلى السيد ضرر في تسريه بها لما فيه من التفرير بها ، وإن أذن له سيده في ذلك جاز لأن المنع لحقه فجاز بأذنه كما لو أذن لعبده القن ، وإن وطئ بغير أذنه فلا حد عليه لأنه وطئ مملوكته ، فإن أولدها في الموضعين صارت أم ولد له ليس له بيعها ولا بيع ولده فإن عتق عتق ولدها وصارت الأمة أم ولده تعتق بموته ، وإن رق رقت هي وولدها وصارت أمة لسيده والمكاتب وولده عبدان له ويلزم المكاتب الانفاق على عبيده وإمائه وأمهات أولاده لأنهم ملك له فلزمه الانفاق عليهم كبنائه .

باب الحال التي تجب فيها النفقة على الزوج

مسألة ، قال رحمه الله (وإذا تزوج بامرأة مثلها يوطأ فلم تمنعه نفسها ولا منعه أولياؤها لزمته النفقة)

وجملة ذلك أن المرأة تستحق النفقة على زوجها بشرطين :

أحدهما : أن تكون كبيرة يمكن وطؤها ، فإن كانت صغيرة لا تحتل الوطء فلا نفقة لها . وهذا قال الحسن وبكر بن عبد الله المزني والنخعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وهو المنصوص عن الشافعي . وقال في موضع . لو قيل لها النفقة كان مذهبنا . وهذا قول الثوري لأن تعذر الوطء لم يكن بفعلها فلم يمنع وجوب النفقة لها كالمرض .

ولنا أن النفقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ولا يتصور ذلك مع تعذر الاستمتاع فلم تجب نفقتها ، كما لو منعه أولياؤها من تسليم نفسها وبهذا يبطل ما ذكره ويفارق المريض فإن الاستمتاع بها ممكن وإنما نقص بالمرض ، ولأن من لا تمكن الزوج من نفسها لا يلزم الزوج نفقتها فهذه أولى ، لأن تلك يمكن الزوج قهرها والاستمتاع بها كرها ، وهذه لا يمكن ذلك فيها بحال

الشرط الثاني : أن تبذل التمكين التام من نفسها لزوجها ، فأما إن منعت نفسها أو منعها أو لياؤها أو تساكتا بعد انعقد فلم تبذل ولم يطلب فلا نفقة لها ، وإن أقاما زمناً فإن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة ودخلت عليه بعد سنتين ولم ينفق إلا بعد دخوله ولم يلتزم نفقتها لما مضى ، ولأن النفقة تجب في مقابلة التمكين المستحق بعقد النكاح ، فإذا وجد استحققت وإذا فقد لم تستحق شيئاً ولو بذات تسليم غير تام بأن تقول أسلم إليك نفسي في منزلي دون غيره ، أو في الموضع الفلاني دون غيره لم تستحق شيئاً ، إلا أن تكون قد اشترطت ذلك في العقد لأنها لم تبذل التسليم الواجب بالعقد فلم تستحق النفقة ، كما لو قال البائع أسلم إليك السلعة على أن تتركها في موضعها أو في مكان بعينه .

وإن شرطت دارها أو بلدها فسلبت نفسها في ذلك استحققت النفقة لأنها سلبت التسليم الواجب عليها ، ولذلك لو سلم السيد أمته المزوجة ليلاً دون النهار استحققت النفقة ، وفارق الحرية فإنها لو بذات تسليم نفسها في بعض الزمان لم تستحق شيئاً لأنها لم تسلم التسليم الواجب بالعقد ، وكذلك إن أمكنته من الاستمتاع ومنعته استمتاعاً لم تستحق شيئاً لذلك

(فصل) وإن غاب الزوج بعد تمكينها ووجوب نفقتها عليه لم تسقط عنه بل تجب عليه في زمن غيبته لأنها استحققت النفقة بالتمكين ولم يوجد منها ما يسقطها . وإن غاب قبل تمكينها فلا نفقة لها عليه لأنه لم يوجد الموجب لها ، فإن بذلت التسليم وهو غائب لم تستحق نفقتها لأنها بذلته في حال لا يمكنه التسليم فيه ، لكن إن مضت إلى الحاكم فبذلت التسليم كتب الحاكم إلى حاكم البلد الذي هو فيه ليستدعيه ويعلمه ذلك ، فإن سار إليها أو وكل من يسلمها إليه فوصل وسلمها هو أو نائبه وجبت النفقة حينئذ ، وإن لم يفعل فرض الحاكم عليه نفقتها من الوقت الذي كان يمكن الوصول إليها ويسلمها فيه ، لأن الزوج امتنع من تسليمها مع إمكان ذلك وبذلها إياه له فلزمته نفقتها كما لو كان حاضراً .

وإن كانت الزوجة صغيرة يمكن وطؤها أو مجنونة فسلبت نفسها إليه فتسلمها لزمته نفقتها كالكبيرة ، وإن لم يتسلمها لمنعها نفسها أو منع أوليائها فلا نفقة لها عليه ، وإن غاب الزوج فبذل وليها تسليمها فهو كما لو بذلت المكلفة التسليم فإن

وليها يقوم مقامها ، وإن بذلت هي دون وليها لم يفرض الحاكم النفقة لها لأنه لا حكم لكلامها .

« مسألة ، قال (وإذا كانت بهذه الحال التي وصفت وزوجها صبي أجبر وليه على نفقتها من مال الصغير ، فإن لم يكن له مال فاختارت فراقه فرق الحاكم بينهما) »

يعنى إذا كانت المرأة كبيرة يمكن الاستمتاع بها فمكنت من نفسها أو بذلت تسليمها ولم تمنع نفسها ولا منعها أو إياؤها فعلى زوجها الصبي نفقتها . وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعى فى أحد قوليهِ ، وقال فى الآخر لا نفقة لها ، وهو قول مالك لأن الزوج لا يتمكن من الاستمتاع بها فلم تلزمه نفقتها كما لو كانت غائبة أو صغيرة .

ولنا أنها سلمت نفسها تسليماً صحيحاً فوجب لها النفقة ، كما لو كان الزوج كبيراً ولأن الاستمتاع بها يمكن وإذا تعذر من جهة الزوج ، كما لو تعذر التسليم لمرضه أو غيبته ، وفارق ما إذا غابت أو كانت صغيرة فإنها لم تسلم نفسها تسليماً صحيحاً ولم تبذل ذلك ، فعلى هذا يجبر الولي على نفقتها من مال الصبي لأن النفقة على الصبي وإنما الولي ينوب عنه فى أداء الواجبات عليه كما يودى أروش جناباته وقيم متلفاته وزكواته . وإن لم يكن له مال فاختارت فراقه فرق الحاكم بينهما كما ذكرنا فى حق الكبير ، فإن كان له مال وامتنع الولي من الاتفاق أجبره الحاكم بالحبس ، فإن لم ينفق أخذ الحاكم من مال الصبي وانفق عليها ، فإن لم يمكنه وصبر الولي على الحبس وتعذر الاتفاق وفرق الحاكم بينهما إذا طلبت ذلك على ما ذكرنا فى حق الكبير .

وذكر القاضى فى الكبير أنه لا يفرق بينهما فكذلك هنا مثله ، لأنهما سواء فى وجوب الاتفاق عليهما فكذلك فى أحكامه .

(فصل) وإن بذلت الرتقاء أو الحائض أو النفساء أو النضوة الخلق التي لا يمكن وطؤها أو المريضة تسليم نفسها لزمته نفقتها ، وإن حدث بها شيء من ذلك لم تسقط نفقتها لأن الاستمتاع يمكن ولا تفريط من جهتها : وإن منع من الوطء

وفارق الصغيرة فإن لها حالا يتمكن من الاستمتاع بها فيها استمتاعا تاما ، والظاهر أنه تزوجها انتظارا لتلك الحال بخلاف هؤلاء ولذلك لو طلب تسليم هؤلاء وجب تسليمهن ، ولو طلب تسليم الصغيرة لم يجب .

فإن قيل : فلو بذات الصحيحه الاستمتاع بما دون الوطء لم تجب لها النفقة فكذلك هؤلاء ، قلنا : لأن تلك منعت مما يجب عليها وهؤلاء لا يجب عليهن التمكن مما فيه ضرر فإن ادعت أن عليها ضررا في وطئه اضيق فرجها أو قرح به أو نحو ذلك وأنكره أريت امرأة ثقة وعمل بقولها ، وإن ادعت عبالة ذكره وعظمه جاز أن تنظر المرأة اليهما حال اجتماعهما لأنه موضع حاجة ويجوز النظر إلى العورة للحاجة والشهادة .

مسألة ، قال (وان طالب الزوج بالدخول وقالت لا أسلم نفسي حتى أقبض صدقي كان ذلك لها ولزمته النفقة إلى أن يدفع إليها صداقها)

وجملته : أن للمرأة أن تمتنع نفسها حتى تتسلم صداقها لأن تسليم نفسها قبل تسليم صداقها يفضي إلى أن يستوفي منفعتها المعقود عليها بالوطء ثم لا يسلم صداقها فلا يمكنها الرجوع فيها استوفي منها بخلاف المبيع إذا تسلمه المشتري ثم أعسر بالثمن فإنه يمكنه الرجوع فيه فلماذا ألزمناه تسليم صداقها أولا وجعلنا لها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض صداقها لأنه إذا سلم إليها الصداق ثم امتنعت من تسليم نفسها أمكن الرجوع فيه .

إذا ثبت هذا : فمتى امتنعت من تسليم نفسها لتقبض صداقها فلها نفقتها لأنها امتنعت لحق ، فإن قيل : فلو امتنعت لصغر أو مرض لم تلزمه نفقتها ، قلنا الفرق بينهما أن امتناعها لمرض لمعنى من جهتها ، وكذلك الامتناع للصغر وهما الامتناع لمعنى من جهة الزوج وهو منعه لما وجب لها عليه فأشبهه ما لو تعذر الاستمتاع لصغر الزوج فإنه لا تسقط نفقتها عنه ، ولو تعذر لصغرها لا تلزمه نفقتها .

(فصل) إذا سافرت زوجته بغير إذنه سقطت نفقتها عنه لأنها ناشز ، وكذلك إن انتقلت من منزله بغير إذنه ، وإن سافرت بإذنه في حاجته فهي على نفقتها لأنها سافرت في شغله ومراده وإن كان في حاجة نفسها سقطت نفقتها لأنها فوتت التمكن

لحظ نفسها وقضاء حاجتها فأشبه ما لو استنظرت قبل الدخول مدة فأنظرها إلا أن يكون مسافراً معها متمكناً من استمتاعها فلا تسقط نفقتها لأنها لم تفوت التمسكين فأشبهت غير المسافرة .

ويحتمل أن لا تسقط نفقتها ، وإن لم يكن معها لأنها مسافرة بإذنه أشبه ما لو سافرت في حاجته وسواء كان سفرها لتجارة أو حج تطوع أو زيارة ولو أحرمت بحج تطوع بغير إذنه سقطت نفقتها لأنها في معنى المسافرة : وإن أحرمت به بإذنه فقال القاضى لها النفقة ، والصحيح أنها كالمسافرة لأنها بإحرامها مانعة له من التمسكين فهي كالمسافرة لحاجة نفسها على ما ذكرناه ، وإن أحرمت بالحج الواجب أو العمرة الواجبة في الوقت الواجب من الميقات فلها النفقة لأنها فعلت الواجب عليها بأصل الشرع في وقته فلم تسقط نفقتها كما لو صامت رمضان . وإن قدمت الأحرام على الميقات أو قبل الوقت خرج فيها من القول ما في المحرمة بحج التطوع لأنها فوتت عليه التمسكين بشيء مستغنى عنه .

(فصل)

فإن اعتكفت فالقياس أنه كسفرها إن كان بغير إذنه فهي ناشز لخروجها من منزل زوجها بغير إذنه فيما ليس بواجب بأصل الشرع ، وإن كان بإذنه فلا نفقة لها على قول الخرقى .

وقال القاضى : لها النفقة ، وإن صامت رمضان لم تسقط نفقتها لأنه واجب مضيق بأصل الشرع لا يملك منعها منه فلم تسقط نفقتها كالصلاة ولائته يكون صائماً معها فيمتنع الاستمتاع لمعنى وجد فيه ، وإن كان تطوعاً لم تسقط نفقتها لأنها لم تخرج عن قبضته ولم تأت بما يمنعه من الاستمتاع بها فإنه يمكنه تفتيرها ووطؤها فإن أراد ذلك منها فمنعته نفسها سقطت نفقتها بامتناعها من التمسكين الواجب ، وإن كان صوماً مندوراً معلقاً بوقت معين ، فقال القاضى لها النفقة لأن أحمد نص على أنه ليس له منعها .

ويحتمل أنه إن كان نذرهما قبل النكاح أو كان النذر بإذنه لم تسقط نفقتها لأنه كان واجباً عليها بحق سابق على نكاحه أو واجب أذن في سببه ، وإن كان النذر في نكاحه بغير إذنه فلا نفقة لها لأنها فوتت عليه حقه من الاستمتاع باختيارها بالنذر

الذى لم يوجب الشرع عليها ولا نذبا اليه ، وان كان النذر مطلقا أو كان صوم كفارة فصامت بإذنه فلها النفقة لأنها أدت الواجب بإذنه فأشبهه ما لو صامت المعين في وقته ، وان صامت بغير إذنه ، فقال القاضى لا نفقة لها لأنها يمكنها تأخيرها فانه على التراخى وحق الزوج على الفور وان كان قضاء رمضان قبل ضيق وقته فكذلك ، وان كان وقته مضيقا مثل أن قرب رمضان الآخر فعليه نفقتها لأنه واجب مضيق بأصل الشرع أشبه أداء رمضان .

« مساله ، قال (واذا طلق الرجل زوجته طلاقا لا يملك فيه الرجعة فلا سكنى لها ولا نفقة إلا أن تكون حاملا) »

وجملة الأمر : أن الرجل إذا طلق امرأته طلاقا بائنا فأما ان يكون ثلاثا أو بخلع أو بانت بفسخ وكانت حاملا فلها النفقة والسكنى باجماع أهل العلم لقول الله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) وفي بعض أخبار فاطمة بنت قيس « لا نفقة لك الا أن تكونى حاملا ، ولان الحمل ولده فيلزمه الانفاق عليه ولا يمكنه النفقة عليه إلا بالانفاق عليها فوجب كما وجبت أجره الرضاع ، وان كانت حائلا فلا نفقة لها ، وفي السكنى روايتان .

إحداهما : لها ذلك وهو قول عمر وابنه وابن مسعود وعائشة وفقهاء المدينة السبعة ومالك والشافعى للآية .

والرواية الثانية : لا سكنى لها ولا نفقة وهي ظاهر المذهب ، وقول على وابن عباس وجابر وعطاء وطاوس والحسن وعكرمة وميمون بن مهران وإسحاق وأبي ثور وداود .

وقال أكثر الفقهاء العراقيين : لها السكنى والنفقة ، وبه قال ابن شبرمة وابن أبى ليلى والثورى والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأصحابه والبتى والعنبرى لأن ذلك يروى عن عمر وابن مسعود ، ولأنها مطلقة فوجب لها النفقة والسكنى كالرجعية وردوا خبر فاطمة بنت قيس بما روى عن عمر أنه قال « لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة ، وأنكرته عائشة وسعيد بن المسيب وتاولوه .

ولنا ما روت فاطمة بنت قيس د ان زوجها طلقها البتة وهو غائب فأرسل اليها
وكيله بشعير فسخطته فقال والله مالك علينا من شيء فجاءت رسول الله صلى الله
عليه وسلم تذكر ذلك له فقال : ليس لك عليه نفقة ولا سكنى ، فأمرها أن تعتد
في بيت أم شريك ، متفق عليه .

وفي لفظ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم د انظري يا ابنة قيس إنما النفقة
للرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعة فإذا لم يكن له عليها الرجعة فلا نفقة
ولا سكنى ، رواه الإمام أحمد والأثرم والحيدى وغيرهم .

قال ابن عبد البر من طريق الحجة وما يلزم منها قول أحمد بن حنبل ومن تابعه
أصح وأحج ، لأنه ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم نصا صريحا فأى شيء يعارض
هذا إلا مثله عن النبي صلى الله عليه وسلم الذي هو المبين عن الله مراده ؟ ولا شيء
يدفع ذلك ، ومعلوم أنه أعلم بتأويل قول الله تعالى (أسكنوهن من حيث
سكنتم من وجدكم) .

وأما قول عمر ومن وافقه فقد خالفه على وابن عباس ومن وافقهما والحجة
معهم ولو لم يخالفه أحد منهم لما قبل قوله المخالف لقول رسول الله صلى الله عليه
وسلم فإن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم حجة على عمر وعلى غيره ولم يصح عن
عمر أنه قال د لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة ، فإن أحمد أنكره وقال
أما هذا فلا ولكن قال د لا نقبل في ديننا قول امرأة ، وهذا أمر يرد الإجماع
على قبول قول المرأة في الرواية ، فأى حجة في شيء يخالفه الإجماع وترده السنة
ويخالفه فيه علماء الصحابة .

قال إسماعيل بن إسحاق نحن نعلم ان عمر لا يقول : لا ندع كتاب ربنا إلا
لما هو موجود في كتاب الله ، والذي في الكتاب أن لها النفقة إذا كانت حاملا
بقوله سبحانه (وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملن) وأما
غير ذوات الحمل فلا يدل الكتاب إلا على أنهن لا نفقة لهن لا شرطه الحمل
في الأمر بالاتفاق .

وقد روى أبو داود وغيره من الأئمة بإسنادهم عن ابن عباس قال د ففرق
رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما — يعني المتلاعنين — وقضى أن لا بيت لها

عليه ولا قوت ، ولأن هذه محرمة عليه تحريماً لا تزيله الرجعة فلم يكن لها سكنى ولا نفقة كالملاعنة أو كالأجنبية ، وفارقت الرجعية في ذلك ، وأما الرجعية فلها السكنى والنفقة للآية والخبر والإجماع ولأنها زوجها يلحقها طلاقه وظهاره وإبلاؤه (فصل) فأما الملاعنة فلا سكنى لها ولا نفقة - إن كانت غير حامل للخبر ، وكذلك إن كانت حاملاً فتفي حملها وقلنا أنه ينتفي عنه أو قلنا أنه ينتفي بزوال الفراش وإن قلنا لا ينتفي بنفيه أو لم ينفيه ، وقلنا . أنه يلحقه نسبه فلها السكنى والنفقة لأن ذلك للحمل أو لها بسببه وهو موجود فأشبهت المطلقاة البائن ، فإن نفى الحمل فأنفقت أمه وسكنت من غير الزوج وأرضعت ثم استلحقه الملاحن لحقه ولزمته النفقة - وأجر المسكن والرضاع لأنها فعلت ذلك على أنه لا أب له فإذا ثبت له أب لزمه ذلك ورجع به عليه .

فإن قيل : النفقة لأجل الحمل نفقة الأقارب وهي تسقط بمضي الزمان فكيف ترجع عليه بما يسقط عنه ؟ قلنا بل النفقة للحامل من أجل الحمل فلا تسقط كنفقتها في الحياة ، وإن سلمنا أنها للحمل إلا أنها مصروفة إليها ويتعلق بها حقها فلا تسقط بمضي الزمان كنفقتها .

فصل

فأما المعتدة من الوفاة فإن كانت حائلاً فلا سكنى لها ولا نفقة - لأن النكاح قد زال بالموت ، وإن كانت حاملاً ففيها روايتان .
أحدهما : لها السكنى والنفقة لأنها حامل من زوجها فكانت لها السكنى والنفقة كالمفارقة في الحياة

والثانية : لا سكنى لها ولا نفقة - لأن المال قد صار للورثة ونفقة الحامل وسكنائها إنما هو للحمل أو من أجله ، ولا يلزم ذلك الورثة لأنه إن كان للبيت ميراث فنفقة الحمل من نصيبه ، وإن لم يكن له ميراث لم يلزم وارث البيت الاتفاق على حمل امرأته كما بعد الولادة ، قال القاضي : وهذه الرواية أصح .

(فصل) وهل تجب نفقة الحمل ١٢ للحامل من أجل الحمل أو للحمل فيه روايتان

إحداهما : تجب للحمل ، اختارها أبو بكر لأنها تجب برجوده وتسقط عند انفصاله فدل على أنها له .

والثانية تجب لها من أجله لأنها تجب مع اليسار والإعسار فكانت له كنفقة الزوجات ، ولأنها لا تسقط بمضي الزمان فأشبهت نفقتها في حياته ، وللشافعي قولان كالروايتين ، وينبني على هذا الاختلاف فروع ، منها أنها إذا كانت المطلقة الحامل أمة وقلنا النفقة للحمل فنفقتها على سيدها لأنه ملكه . وإن قلنا لها فعل الزوج لأن نفقتها عليه . وإن كان الزوج عبداً وقلنا هي للحمل فليس عليه نفقة لأنه لا تلزمه نفقة ولده ، وإن قلنا لها فالنفقة عليه لما ذكرنا ، وإن كانت حاملاً من نكاح فاسد أو وطء شبهة وقلنا النفقة للحمل فعلى الزوج والواطئ . لأنه ولده فلزمته نفقته كما بعد الوضع ، وإن قلنا للحامل فلا نفقة عليها لأنها ليست زوجة . يجب الاتفاق عليها ، وإن نشزت امرأة إنسان وهي حامل وقلنا النفقة للحمل لم تسقط نفقتها ، لأن نفقة ولده لا تسقط بنشوز أمه ، وإن قلنا لها فلا نفقة لها لأنها ناشز .

(فصل) ويلزم الزوج دفع نفقة الحامل المطلقة اليها يوماً فيوماً كما يلزمه دفع نفقة الرجعية . وقال الشافعي في أحد قولي : لا يلزمه دفعها اليها حتى تضع ، لأن الحمل غير متحقق ولهذا وقفنا الميراث . وهذا خلاف قول الله تعالى (وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) ولأنها محكوم لها بالنفقة فوجب دفعها اليها كالرجعية ، وما ذكروه غير صحيح فإن الحمل يثبت بالامارات وتثبت أحكامه في منع النكاح والحد والقصاص وفسخ البيع في الجارية المبيعة والمنع من الأخذ في الزكاة ووجوب الدفع في الدية فهو كالمحقق ، ولا يشبه هذا الميراث فإن الميراث لا يثبت إلا بمجرد الحمل ، فإنه يشترط له الوضع والاستهلال بعض الوضع ، ولا يوجد ذلك قبله ولاتنا لا نعلم صفة الحمل وقدره ووجود توريثه بخلاف مسألتنا ، فإن النفقة تجب بمجرد الحمل ولا تختلف باختلافه ، فإذا ثبت هذا فمضى ادعت الحمل فصدقها دفع اليها ، إن كان حملاً فقد استوفت حقها ، وإن بان أنها ليست حاملاً رجع عليها ، سواء دفع اليها بحكم الحاكم أو بغيره ،

وسواء شرط أنها نفقة أو لم يشترط ، وعنه لا يرجع ، والصحيح أنه يرجع لانه دفعه على أنه واجب ، فاذا بان أنه ليس بواجب استرجعه ، كما لو قضاها ديناً فبان أنه لم يكن عليه دين ، وان أنكر حملها نظر النساء الثقات فرجع الى قولهن ، ويقبل قول المرأة الواحدة اذا كانت من أهل الخبرة والعدالة ، لانها شهادة على مالا يطلع عليه الرجال أشبه الرضاع ، وقد ثبت الاصل بالخبر

(فصل)

ولا تجب النفقة على الزوج في النكاح الفاسد ، لانه ليس بينهما نكاح صحيح فان طلقها أو فرق بينهما قبل الوطء فلا عدة عليها ، وان كان بعد الوطء فعليها عدة ولا نفقة لها ولا سكنى ان كانت حائلاً ، لانه اذا لم يجب ذلك قبل التفريق فبعده أولى ، وان كانت حاملاً فعلي ما ذكرنا من قبل .

فان قلنا لها النفقة اذا كانت حاملاً فلها ذلك قبل التفريق ، لانه اذا وجب بعد التفريق فقبله أولى ، ومتى أنفق عليها قبل مفارقتها أو بعدها لم يرجع عليها ، لانه ان كان عالماً بعدم الوجوب فهو متطوع به ، وان لم يكن عالماً فهو مفرط فلم يرجع به ، كما لو أنفق على أجنبية ، وكل معتدة من الوطء في غير نكاح صحيح كالموطوءة بشبهة وغيرها إن كان يلحق الواطئ نسب ولدها فهي كالموطوءة في النكاح الفاسد .

وان كان لا يلحقه نسب ولدها كالزاني فليس عليه نفقتها حاملاً كانت أو حائلاً لانه لا نكاح بينهما ولا بينهما ولد ينسب اليه .

« مسألة ، قال (واذا خالعت المرأة زوجها وأبرأته من حملها لم يكن لها نفقة ولا للولد حتى تقطعه) »

أما اذا خالعت ولم تبرئه من حملها فلها النفقة ، كما لو طلقها ثلاثاً وهي حامل ، لان الحمل ولده فعليها نفقته ، وان أبرأته من الحمل عوضاً في الخلع صح ، سواء كان العوض كله أو بعضه ، وقد ذكرناه في الخلع ويبرأ حين تقطعه اذا كانت قد أبرأته من نفقة الحمل وكفالة الولد الى ذلك ، أو أطلقت البراءة من نفقة الحمل وكفالاته لان البراءة المطلقة تنصرف الى المدة التي تستحق المرأة العوض عليه فيها

وهي مدة الحمل والرضاع ، لأن المطلق إذا كان له عرف انصرف الى العرف ، وإن اختلفا في مدة الرضاع انصرف إلى حولين لقوله سبحانه (وفصاله في عامين) وقال تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) ثم قال (فإن أرادا فصالا عن تراض منها وتشاور فلا جناح عليهما) فدل على أنه لا يجوز فصاله قبل العامين إلا بتراض منهما وتشاور .

وإن قدرا مدة البراءة بزمان الحمل أو بعام أو نحو ذلك فهو على ما قدرناه ، وهو أحسن لأنه أقطع للنزاع وأبعد من اللبس والاشتباه ، ولو أبرأته من نفقة الحمل انصرف ذلك إلى زمن الحمل قبل وضعه .

قال القاضي : إنما صح مخالعتها على نفقة الولد وهي للولد دونها لأنها في حكم المالكة لها لأنها هي القابضة لها المستحقة المتصرفه فيها فإنها في مدة الحمل هي الآكلة لها المنتفعة بها وبعد الولادة هي أجر رضاعها وهي الآخذة لها المتصرفه فيها أيضا فصارت كمالك من أملاكها فصح جعلها عوضا .

فأما النفقة الزائدة على هذا من كسوة الطفل ودهنه ونحو ذلك فلا يصح أن يعاوض به في الخلع لأنه ليس هو لها ولا هو في حكم ما هو لها .

«مسألة» قال (والناشر لا نفقة لها . فإن كان لها منه ولد أعطاها نفقة ولدها)

معنى النشوز معصيتها لزوجها فيما له عليها مما أوجبه له النكاح ، وأصله من الارتفاع ، مأخوذ من النشز ، وهو المكان المرتفع ، فيكأن الناشر ارتفعت عن طاعة زوجها فسميت ناشرا ، فمتى امتنعت من فراشه أو خرجت من منزله بغير إذنه أو امتنعت من الانتقال معه إلى مسكن مثلها أو من السفر معه ، فلا نفقة لها ولا سكنى في قول عامة أهل العلم ، منهم الشعبي وحماد ومالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وأبو ثور .

وقال الحكم لها النفقة . وقال ابن المنذر : لأعلم أحدا خاف هؤلاء إلا الحكم ولعله يحتاج بأن نشوزها لا يسقط مهرها فكذلك نفقتها .

وأما أن النفقة إنما تجب في مقابلة تمكينها ، بدليل أنها لا تجب قبل تسليمها إليه ، وإذا منعها النفقة كان لها منعه التمكين ، فإذا منعه التمكين كان له منعها من

النفقة كما قبل الدخول ، وتختلف المهر فإنه يجب بمجرد العدد ، ولذلك لو مات أحدهما قبل الدخول وجب المهر دون النفقة ، فأما إذا كان له منها ولد فعليه نفقة ولده لأنها واجبة له فلا يسقط حقه بمعصيتها كالكبير وعليه أن يعطيها إياها إذا كانت هي الخاضعة له أو المرضعة له ، وكذلك أجر رضاعها يلزمه تسليمه إليها لأنه أجر ملكته عليه بالارضاع لا في مقابلة الاستمتاع ولا يزول بزواله .

(فصل) وإذا سقطت نفقة المرأة بنشوزها فعادت عن النشوز والزوج حاضر عادت نفقتها لزوال المسقط لها ووجود التمكين المقتضى لها ، وإن كان غائبا لم تعد نفقتها حتى يعود التسليم بحضوره أو حضور وكيله أو حكم الحاكم بالوجوب إذا مضى زمن الامكان ، ولو ارتدت امرأته سقطت نفقتها فإن عادت إلى الاسلام عادت نفقتها بمجرد عودها لأن المرتدة إنما سقطت نفقتها بخروجها عن الاسلام ، فإذا عادت إليه زال المعنى المسقط فعادت النفقة ، وفي النشوز سقطت النفقة بخروجها عن يده أو منعها له من التمكين المستحق عليها ، ولا يزول ذلك إلا بعودها إلى يده وتمكينه منها ، ولا يحصل ذلك في غيبته ، ولذلك لو بذلت تسليم نفسها قبل دخوله بها في حال غيبته لم تستحق النفقة بمجرد البذل ، كذا ههنا والله أعلم

باب من أحق بكفالة الطفل

كفالة الطفل وحضائنه واجبة لأنه يهلك بتركه فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وانجاؤه من الممالك ، ويتعلق بها حق لقربته لأن فيها ولاية على الطفل واستحقاقا له فيتعلق بها الحق ككفالة اللقيط ، ولا تثبت الحضانة لطفل ولا معتوه ، لأنه لا يقدر عليها وهو محتاج إلى من يكفله فكيف يكفل غيره ؟ ولا الفاسق لأنه غير موثوق به في أداء الواجب من الحضانة ولا حظ للولد في حضائنه لأنه ينشأ على طريقته ولا الرقيق ، وبهذا قال عطاء والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال مالك في حر له ولد حر من أمة : الأم أحق به إلا أن تباع فتقل فيكون الأب أحق به لأنها أم مشفقة فأشبهت الحرة .

ولنا أنها لا تملك منافعتها التي تحصل الكفالة بها لكونها مملوكة لسيدها فلم يكن لها حضانة كما لو بيعت ونقلت ، ولا تثبت لكافر على مسلم . وبهذا قال مالك والشافعي وسوار والعنبري .

وقال ابن القاسم وأبو ثور وأصحاب الرأي : تثبت له لما روى عن عبد الحميد ابن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان ، أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم ، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : ابنتي وهي فطيم أو شبهه ، وقال رافع : ابنتي . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أقعد ناحية . وقال لها أقعدى ناحية . وقال ادعواها . فمالت الصبية إلى أمها . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : اللهم اهداها . فمالت إلى أبيها فأخذها ، رواه أبو داود .

ولنا أنها ولاية فلا تثبت لكافر على مسلم كولاية النكاح والمال ، ولأنها إذا لم تثبت للفاسق فالكافر أولى ، فإن ضرره أكثر ، فإنه يفتنه عن دينه ويخرجه عن الإسلام بتعليمه الكفر وتزيينه له وتربيته عليه ، وهذا أعظم الضرر . والحضانة إنما تثبت لحظ الولد فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه . فأما الحديث فقد روى على غير هذا الوجه ولا يثبت أهل النقل وفي إسناده مقال قال ابن المنذر : ويحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم علم أنها تختار أباهما بدعوته فكان ذلك خاصا في حقه

فأما من بعضه حر فإن لم يكن بينه وبين سيده مهايأة فلا حضانة له ، لأنه لا يقدر عليها لكون منافعه مشتركة بينه وبين سيده ، وإن كان بينهما مهايأة فقياس قول أحمد أن له الحضانة في أبيامه لأنه قال : كل ما يتجزأ فعليه النصف من كل شيء . وهذا اختيار أبي بكر

وقال الشافعي لا حضانة له لأنه كالقن عنده ، وهذا أصل قد تقدم

« مسألة ، قال (والام أحق بكفالة الطفل والمعتوه إذا طلقت)

وجملته أن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد طفل أو معتوه فأمه أولى الناس بكفالاته إذا كملت الشرائط فيها ، ذكر أكان أو أنثى ، وهذا قول يحيى الانصارى والزهري والثوري ومالك والشافعي وأبي ثور واسحاق وأصحاب الرأي ولا نعلم

أحداً خالفهم . والاصل فيه ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص ، أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ووثني له سقاء وحجري له حواء ، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنت أحق به ما لم تنكحي ، رواه أبو داود

ويروى أن أبا بكر الصديق حكم على عمر بن الخطاب بعاصم لأمه أم عاصم وقال ريحها وشمها ولطفها خير له منك ، رواه سعيد في سنته . ولأنها أقرب إليه وأشفق عليه ولا يشاركها في القرب إلا أبوه وليس له مثل شفقتها ولا يتولى الحضانة بنفسه وإنما يدفعه إلى امرأته ، وأمه أولى به من امرأة أبيه .

(فصل) فإن لم تكن الأم من أهل الحضانة لفقدان الشروط التي ذكرنا فيها أو بعضها فهي كالمعدومة ، وتنتقل إلى من يليها في الاستحقاق ، ولو كان الأبوان من غير أهل الحضانة انتقلت إلى من يليهما كالمعدومين .

(فصل) ولا تثبت الحضانة إلا على الطفل أو المعتوه ، فأما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه وإليه الخيرة في الإقامة عند من شاء من أبويه ، فإن كان رجلاً فله الانفراد بنفسه لاستغنائه عنهما ، ويستحب أن لا يفرد عنها ولا يقطع بره عنها وإن كانت جارية لم يكن لها الانفراد ولا يبيها منعها منه لأنه لا يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ويلحق العار بها وبأهلها ، وإن لم يكن لها أب فوليها وأهلها منعها من ذلك .

مسألة ، قال (وإذا بلغ الغلام سبع سنين خير بين أبويه فكان مع من اختار منهما)

وجملته أن الغلام إذا بلغ سبعاً وليس بمعتوه خير بين أبويه إذا تنازعا فيه ، فمن اختاره منهما فهو أولى به . قضى بذلك عمر وعلي وشريح ، وهو مذهب الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة : لا بخير ، لكن قال أبو حنيفة إذا استقل بنفسه فأكل بنفسه ولبس بنفسه واستنجى بنفسه فالأب أحق به ، ومالك يقول الأم أحق به حتى يتغزر .

وأما التخيير فلا يصح لأن الغلام لا قول له ولا يعرف حظه وربما اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ويمكنه من شهواته فيؤدى الى فسادة ، ولأنه دون البلوغ فلم يخير كمن دون السبع .

ولنا ما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم « خير غلاما بين أبيه وأمه ، رواه سعيد بإسناده والشافعى .

وفى لفظ عن أبي هريرة قال : جاءت امرأة الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن زوجى يريد أن يذهب بابنى وقد سقانى من بئر أبى عتبة وقد نفعتى ؟ فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت ، فأخذ بيد أمه فانطلقت به ، رواه أبو داود ، ولأنه إجماع الصحابة فروى عن عمر أنه خير غلاما بين أبيه وأمه ، رواه سعيد .

وروى عن عمارة الجرمى أنه قال « خيرنى على بين عمى وأمى وكنت ابن سبع أو ثمان ، وروى نحو ذلك عن أبي هريرة . وهذه قصص فى مظنة الشهرة ولم تنكر فكانت إجماعا ، ولأن التقديم فى الحضانة يلحق به الولد فيتقدم من هو أشفق لأن حظ الولد عنده أكثر واعتبرنا الشفقة بمظنتها إذ لم يمكن اعتبارها بنفسها فاذا باع الغلام حداً يعرب عن نفسه ويميز بين الأكرام وضده فقال الى أحد الأبوين دل على أنه أرفق به وأشفق عليه فقدم بذلك وقيدناه بالسبع لأنها أول حال أمر الشرع فيها بخاطبته بالأمر بالصلاة ، ولأن الأم قدمت فى حال الصغر لحاجته الى حمله ومباشرة خدمته لأنها أعرف بذلك وأقوم به فاذا استغنى عن ذلك تساوى والداه لقربهما منه فرجع باختياره .

(فصل) ومتى اختار أحدهما فسلم اليه ثم اختار الآخر رد اليه فان عاد فاختار الأول أعيد اليه هكذا أبدا كلما اختار أحدهما صار اليه لأنه اختيار شهوة لحظ نفسه فاتبع ما يشتهي كما يتبع ما يشتهي فى المأكول والمشروب وقد يشتهى المقام عند أحدهما فى وقت وعند الآخر فى وقت وقد يشتهى التسوية بينهما وأن لا ينقطع عنهما ، وان خيرناه فلم يختر واحدا منهما أو اختارهما معا قدم أحدهما بالقرعة لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه ولا يمكن اجتماعهما على حضائته فقدم أحدهما

بالقرعة فاذا قدم بها ثم اختار الآخر رد اليه لأننا قدمنا اختياره الثاني على الأول
فعلى القرعة التي هي بدل أولى .

(فصل) فان كان الاب معدوماً أو من غير أهل الحضانة وحضر غيره من
العصباء كالأخ والعم وابنه قام مقام الأب فيخير الغلام بين أمه وعصبته لأن
علياً رضى الله عنه خير عمارة الجرمي بين أمه وعمه ، ولأنه عصبه ، فأشبه الاب ،
وكذلك ان كانت أمه معدومة أو من غير أهل الحضانة فسلم الى الجدة خير الغلام
بينها وبين أبيه أو من يقوم مقامه من العصباء ، فان كان الأبوان معدومين أو من
غير أهل الحضانة فسلم الى امرأة كاخته وعمته أو خالته قامت مقام أمه في التخيير
بينها وبين عصباته للمعنى الذى ذكرناه فى الأبوين ، فان كان الأبوان رقيقين
وليس له أحد من أقاربه سواهما فقال القاضى : لا حضانة لهما عليه ولا نفقة له
عليهما ونفقته فى بيت المال ويسلم الى من يحضنه من المسلمين .

(فصل) وانما يخير الغلام بشرطين .

أحدهما : أن يكونا جميعاً من أهل الحضانة فان كان أحدهما من غير أهل الحضانة
كان كالمعدوم ويعين الآخر .

الثانى : ان لا يكون الغلام معتوهاً فان كان معتوهاً كان عند الام ولم يخير
لان المعتوه بمنزلة الطفل وان كان كبيراً ولذلك كانت الام احق بكفالة ولدها
المعتوه بعد بلوغه ولو خير الصبي فاختر اياه ثم زال عقله رد الى الام وبطل اختياره
لانه انما خير حين استقل بنفسه فاذا زال استقلاله بنفسه كانت الام أولى لانها
اشفق عليه واقوم بمصالحه كما فى حال طفوليته .

« مسألة ، قال (واذا بلغت الجارية سبع سنين فالاب احق بها) »

وقال الشافعى : تخير كالأغلام لأن كل سن خير فيه الغلام خیرت فيه الجارية
كسن البلوغ ، وقال ابو حنيفة : الام احق بها حتى تزوج أو تحيض ، وقال مالك
الام احق بها حتى تزوج أو يدخل بها الزوج لانها لا حكم لاختيارها ولا يمكن
انفرادها فكانت الام احق بها كما قبل السبع .

ولنا ان الغرض بالحضانة الحفظ والحفظ للجارية بعد السبع فى الكون عند

أيها لأنها تحتاج الى حفظ والآب أولى بذلك فإن الأم تحتاج الى من يحفظها ويصونها ، ولأنها إذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج ، وقد تزوج النبي صلى الله عليه وسلم عائشة وهي ابنة سبع ، وإنما تخطب الجارية من أيها لأنه وليها والمالك تزويجها وهو أعلم بالكفاءة وأقدر على البحث فينبغي أن يقدم على غيره ولا يصار الى تخييرها لأن الشرع لم يرد به فيها ولا يصح قياسها على الغلام لأنه لا يحتاج الى الحفظ والتزويج كحاجتها اليه ولا على سن البلوغ لأن قولها حيثئذ معتبر في إذنها وتوكيلها وإقرارها واختيارها بخلاف مسألتنا ولا يصح قياس ما بعد السبع على ما قبلها لما ذكرنا في دليلنا .

(فصل)

إذا كانت الجارية عند الأم أو عند الأب فإنها تكون عنده ليلاً ونهاراً لأن تأديبها وتخريجها في جوف البيت من تعليمها الغزل والطبخ وغيرهما ولا حاجة بها الى الإخراج منه ولا يمنع أحدهما من زيارتها عند الآخر من غير أن يخلو الزوج بأمها ولا يطيل ولا يتبسط لأن الفرقة بينهما تمنع تبسط أحدهما في منزل الآخر ، وإن مرضت فالأم أحق بتمريضها في بيتها ، وإن كان الغلام عند الأم بعد السبع لاختياره لها كان عندها ليلاً ويأخذه الأب نهاراً ليسلمه في مكتب أو في صناعة لأن القصد حفظ الغلام وحظه فيما ذكرناه .

وإن كان عند الأب كان عنده ليلاً ونهاراً ولا يمنع من زيارة أمه لأن منعه من ذلك إغراء بالعقوق وقطيعة الرحم ، وإن مرضت كانت الأم أحق بتمريضه في بيتها لأنه صار بالمرض كالصغير في الحاجة الى من يقوم بأمره فكانت الأم أحق به كالصغير ، وإن مرض أحد الأبوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحنوره عند موته سواء كان ذكراً أو أنثى لأن المرض يمنع المريض من المشي الى ولده فمشى ولده اليه أولى ؛ فاما في حال الصحة فإن الغلام يزور أمه لأنها عورة فسترها أولى والأم تزور ابنتها لأن كل واحدة منهما عورة تحتاج الى صيانة وستر ، وستر الجارية أولى لأن الأم قد تخرجت وعقلت بخلاف الجارية .

(فصل) وإذا أراد أحد الأبوين السفر لحاجة ثم يعود والآخر مقيم فالمقيم

أولى بالحضانة لان في المسافرة بالولد إضراراً به ، وان كان منتقلاً الى بلد ليقم به وكان الطريق مخوفاً أو البلد الذي ينتقل اليه مخوفاً فالمقيم أولى بالحضانة لان في السفر به خطراً به ، ولو اختار الولد السفر في هذه الحال لم يجب اليه لان فيه تغريراً به ، وان كان البلد الذي ينتقل اليه آمناً وطريقه آمن فالأب أحق به سواء كان هو المقيم أو المنتقل الا أن يكون بين البلدين قريب بحيث يراهم الأب كل يوم ويرونه فتكون الام على حضانتها .

وقال القاضي اذا كان السفر دون مسافة النضر فهو في حكم الإقامة ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، لان ذلك في حكم الإقامة في غير هذا الحكم فكذلك في هذا . ولان مراعاة الأب له ممكنة ، والمنصوص عن أحمد ما ذكرناه وهو أولى ، لان البعد الذي ينعه من رؤيته ينعه من تأديبه وتعليمه ومراعاة حاله فأشبه مسافة القصر ، وبما ذكرناه من تقديم الأب عند افتراق الدار بهما قال شريح ومالك والشافعي .

وقال أصحاب الرأي ان انتقل الأب فالام أحق به ، وان انتقلت الام الى البلد الذي كان فيه أصل النكاح فهي أحق وان انتقلت الى غيره فالأب أحق . وحكى عن أبي حنيفة ان انتقلت من بلد الى قرية فالأب أحق ، وان انتقلت الى بلد آخر فهي أحق لان في البلد يمكن تعليمه وتخريججه .

ولنا أنه اختلف مسكن الأبوين فكان الأب أحق كما لو انتقلت من بلد الى قرية أو الى بلد لم يكن فيه أصل النكاح ، وما ذكرناه لا يصح لان الأب في العادة هو الذي يقوم بتأديب ابنه وتخريججه وحفظ نسبه فإذا لم يكن في بلده ضاع فأشبه ما لو كان في قرية ، وان انتقلا جميعاً الى بلد واحد فالأم باقية على حضانتها ، وكذلك ان أخذه الأب لافتراق البلدين ثم اجتمعا عادت الى الام حضانتها ، وغير الام ممن له الحضانه من النساء يقوم مقامها وغير الأب من عصبات الولد يقوم مقامه عند عدمهما أو كونهما من غير أهل الحضانه .

مسألة ، قال (فإن لم تكن أم أو تزوجت الام فأم الأب أحق من الخاله) في هذه المسألة فصلان . أحدهما : أن الأم اذا تزوجت سقطت حضانتها .

قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم قضى به شريح وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وحكى عن الحسن أنها لا تسقط بالتزويج ونقل منها عن أحمد إذا تزوجت الأم وابنها صغير أخذ منها ، قيل له فالجارية مثل الصبي ؟ قال لا ، الجارية تكون معها إلى سبع سنين ؛ فظاهر هذا أنه لم يزل الحضانة عن الجارية لتزويج أمها وأزالتها عن الغلام .

ووجه ذلك ما روى ، أن علياً وجعفرأ وزيد بن حارثة تنازعوا في حضانة ابنة حمزة فقال علي ابنة عمي وأنا أخذتها ، وقال زيد بنت أخي لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخي بين زيد وحمزة ، وقال جعفر بنت عمي وعندى خالتها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الخالة أم وسلبها إلى جعفر ، رواه أبو داود بنحو هذا المعنى فجعل لها الحضانة وهي مزوجة .

والرواية الأولى هي الصحيحة ، قال ابن أبي موسى : عليها العمل لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم للمرأة : أنت أحق به مالم تنكحي ، ولأنها إذا تزوجت اشتغلت بحقوق الزوج عن الحضانة فكان الأب أحظ له ولأن منافعتها تكون مملوكة لغيرها فأشبهت المملوكة .

فأما بنت حمزة فإنما قضى بها لخالتها لأن زوجها من أهل الحضانة ولأنه لا يساويه في الاستحقاق إلا على ، وقد ترجع جعفر بأن امرأته من أهل الحضانة فكان أولى وعلى هذا متى كانت المرأة متزوجة لرجل من أهل الحضانة كالجدة تكون متزوجة للجد لم تسقط حضانتها لأنه يشاركها في الولادة والشفقة على الولد فأشبه الأم إذا كانت متزوجة للأب ولو تنازع العمان في الحضانة وأحدهما متزوج للأم أو الخالة فهو أحق لحديث بنت حمزة ، وكذلك كل عصبتين تساويان أحدهما متزوج بمن هي من أهل الحضانة قدم بها لذلك ، وظاهر قول الخرقي : أن التزويج بأجنبي يسقط الحضانة بمجرد العقد . وإن عرى عن الدخول وهو قول الشافعي ، ويحتمل أن لا تسقط إلا بالدخول وهو قول مالك لأن به تشتغل عن الحضانة .

ووجه الأول قول النبي صلى الله عليه وسلم : أنت أحق به مالم تنكحي ، وقد وجد النكاح قبل الدخول ولأن بالعقد يملك منافعتها ويستحق زوجها منعها من حضانتها فزال حقها كما لو دخل بها .

الفصل الثاني

أن الأم إذا عذمت أو تزوجت أو لم تكن من أهل الحضانة واجتمعت أم أب وخالة فأم الأب أحق ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد . وحكى ذلك عن مالك وأبي ثور

وروى عن أحمد أن الأخت والخالة أحق من الأب ، فعلى هذا يحتمل أن تكون الخالة أحق من أم الأب ، وهو قول الشافعي القديم لأنها تدلى بأم ، وأم الأب تدلى به ، فقدم من يدلى بالأم كتقديم أم الأم على أم الأب ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بينت حمزة لخالاتها وقال : الخالة أم ،

ولنا أن أم الأب جدة وارثة فقدمت على الخالة كأم الأم ، ولأن لها ولادة ووراثه فأشبهت أم الأم ، فأما الحديث فيدل على أن للخالة حقا في الجملة وليس النزاع فيه إنما النزاع في الترجيح عند الاجتماع .

وقولهم تدلى بأم ، قلنا لكن لا ولادة لها فيقدم عليها من له ولادة كتقديم أم الأم على الخالة ، فعلى هذا متى وجدت جدة وارثة فهي أولى ممن هو من غير عمودى النسب بكل حال وإن علت درجتها لفضيلة الولادة والوراثه . فأما أم أبي الأم فلا حضانة لها لأنها تدلى بأبي الأم ولا حضانة له ولا من أدلى به .

(فصل) فإن اجتمعت أم أم وأم أب فأم الأم أحق وإن علت درجتها لأن لها ولادة ، وهي تدلى بالأم التي تقدم على الأب ، فوجب تقديمها عليها كتقديم الأم على الأب .

وعن أحمد أن أم الأب أحق ، وهو قياس قول الحرقى لأنه قدم خالة الأب على خالة الأم ، وخالة الأب أخت أمه ، وخالة الأم أخت أمها ، فإذا قدم أخت أم الأب دل على تقديمها ، وذلك لأنها تدلى بعصبة مع مساواتها للآخرى في الولادة فوجب تقديمها ، كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم ، وإنما قدمت الأم على الأب لأنها التي تلى الحضانة بنفسها فكذلك أمه فإنها أتت تلى بنفسها فقدمت لما ذكرناه .

« مسألة ، قال (والاخذ من الاب احق من الاخذ من الام وأحق من الحالة) وجملة أنه اذا عدم من يستحق الحضنة من الآباء والامهات وان علوا انتقلت الى الاخوات وقدمن على سائر القرابات كالحالات والعمات وغيرهن ، لأنهن شاركن في النسب وقدمن في الميراث ، ولأن العمات والحالات إنما يدلن بأخوة الآباء والامهات ولا ميراث لهن مع ذى فرض ولا عصبه فالمدلى الى نفس المكفول ويرثه أقرب وأشفق فكان أولى ، وأولى الاخوات من كان لا يوين لقوة قرابتها ثم من كان لاب ثم من كان لام نص عليه أحمد ، وهو ظاهر مذهب الشافعى .

وقال ابو حنيفة : الاخذ من الام أولى من الاخذ من الاب ، وهو قول المزنى وابن سريج لأنها أدلت بالأم فقدمت على المدلية بالاب كأم الام مع أم الاب . وقال ابن سريج : تقدم الحالة على الاخذ من الاب لذلك : ولابى حنيفة فيه روايتان :

ولنا أن الاخذ من الاب أقوى في الميراث فقدمت كالاخذ من الابوين ولا تخفى قوتها فإنها أقيمت مقام الاخذ من الابوين عند عدمها وتكون عصبه مع البنات وتقاسم الجد ، وما ذكره من الادلاء لا يلزم لان الاخذ تدلى بنفسها لكونها خلقا من ماء واحد وإلها تعصيب فكانت أولى والله أعلم .

« مسألة ، قال (وخالة الاب احق من خالة الام)

وجملته انه اذا عدمت الامهات والآباء والاخوات انتقلت الحضنة الى الحالات ويقدمن على العمات ، نص عليه أحمد ، ويحتمل كلام الحرقى تقديم العمات لأنه قدم خالة الاب وهى أخت أمه على خالة الام وهى أخت أمها ، فيدل ذلك على تقديم قرابة الاب على قرابة الام ، ولأنهن يدلن بعصبه فقدمن كتقديم الاخذ من الاب على الاخذ من الام .

وقال القاضى : مراد الحرقى بقوله خالة الاب أى الحالة من الاب تقدم على الحالة من الام كتقديم الاخذ من الاب على الاخذ من الام ، لان الحالات أخوات الام فيجربن في الاستحقاق والتقديم فيما بينهما مجرى الاخوات المفترقات وكذلك الحكم في العمات المفترقات ، فان قلنا بتقديم الحالات فاذا انقرضن فالعمات

بعدهن ، وان قلنا بتقديم العمات فالحالات بعدهن ، فإذا عدمن انتقلت الى حالات
الاب على قول الخرقى، وعلى القول الآخر الى حالات الام ، وهل يقدم حالات
الاب على عماته ؟ على وجهين بناء على ما ذكرنا فى الحالات والعمات ، فاما عمات
الام فلا حضانة لهن لانهن يدلين بأبى الام ، وهو رجل من ذوى الأرحام
لا حضانة له ولا لمن أدلى به .

(فصل) وللرجال من العصبات مدخل فى الحضانة وأولاهم الاب ثم الجد
أبو الاب وان علا ثم الاخ من الابوين ثم الاخ من الاب ثم بنوهم وان سفلوا
على ترتيب الميراث ثم العمومة ثم بنوهم كذلك ثم عمومة الاب ثم بنوهم ، وهذا
قول الشافعى . وقال بعض أصحابه : لا حضانة لغير الآباء والاجداد لانهم لا معرفة
لهم بالحضانة ولا لهم ولاية بأنفسهم فلم يكن لهم حضانة كالأجانب .
ولنا أن علياً وجعفرأ اختصا فى حضانة ابنة حمزة فلم ينكر عليهم النبى (ص)
ادعاء الحضانة ، ولان لهم ولاية وتعصيا بالقرابة فتثبت لهم الحضانة كالأب
والجد ، وفارق الأجانب فإنهم ليست لهم قرابة ولا شفقة ، ولأن الأجانب
تساووا فى عدم القرابة فليس واحد منهم أولى بالتقديم من الآخر ، والعصبات
لهم قرابة يمتازون بها وأحقهم بالحضانة أحقهم بالميراث بعد الآباء والاجداد ،
ويقومون مقام الاب فى التخيير للصبي بينه وبين الام أو غيرها ممن له الحضانة
من النساء ويكونون أحق بالجارية اذا بلغت سبعا الا ابن العم فإن الجارية لا تسلم
اليه اذا بلغت سبعا لانه ليس بمحرم لها .

(فصل) فاما الرجال من ذوى الأرحام كالحال والاخ من الام وأبى الام
وابن الاخت فلا حضانة لهم مع وجود أحد من أهل الحضانة سواهم لانه ليس
بامرأة يتولى الحضانة ولا له قوة قرابة كالعصبات ولا حضانة الا بمن يدلى بهم كام
أبى الام وابنة الحال وابنة الاخ من الام لانهن يدلين بمن لا حضانة له ، فإذا لم
تثبت للدلى فالدلين به أولى ، فإن لم يكن هناك غيرهم احتمل وجهين :
أحدهما هم أولى لأن لهم رحما وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى منهم
كذلك الحضانة تكون لهم عند عدم من هو أولى بها منهم . والثانى لا حق لهم
فى الحضانة وينتقل الأمر الى الحاكم والاول أولى .

(فصل في بيان الأولى فالأولى من أهل الحضانة عند اجتماع الرجال والنساء)

أولى الكل بها الأم ثم أمهاتها وإن علون ، يقدم منهن الأقرب فالأقرب لأنهن نساء ولادتهن متحققة فهي في معنى الأم .

وعن أحمد أن أم الأب وأمهاها مقدمات على أم الأم ، فعلى هذه الرواية يكون الأب أولى بالتقديم لأنهن يدلن به فيكون الأب بعد الأم ، ثم أمهاته ، والأولى هي المشهورة عند أصحابنا وأن المقدم الأم ثم أمهاتها ، ثم الأب ثم أمهاته ثم الجد ثم أمهاته ثم جد الأب ثم أمهاته وإن كن غير وارثات ، لأنهن يدلن بعصبة من أهل الحضانة بخلاف أم أبي الأم .

وحكى عن أحمد رواية أخرى أن الاخت من الأم والحالة أحق من الأب فتكون الاخت من الأبوين أحق منه ومنها ومن جميع العصبات ، والأولى هي المشهورة في المذهب .

فإذا انقرض الآباء والأمهات انتقلت الحضانة إلى الأخوات ، وتقدم الاخت من الأبوين و ثم الاخت من الأب ، ثم الاخت من الأم ، وتقدم الاخت على الأخ لأنها امرأة من أهل الحضانة ، فقدمت على من في درجتها من الرجال كالأم تقدم على الأب وأم الأب على أبي الأب وكل جدة في درجة جد تقدم عليه لأنها تلي الحضانة بنفسها والرجل لا يليها بنفسه .

وفيه وجه آخر أنه يقدم عليها لأنه عصبة بنفسه ؛ والأول أولى ؛ وفي تقديم الاخت من الأبوين أو من الأب على الجد وجهان . وإذا لم تكن اخت فالأخ للأبوين أولى ثم الأخ للأب ثم ابناؤهما ؛ ولا حضانة للأخ للأم لما ذكرنا ، فإذا عدموا صارت الحضانة للخالات على الصحيح وترتيبهن فيها كترتيب الأخوات ، ولا حضانة للأخوال فإذا عدمن صارت للعمات ويقدمن على الأعمام كتقديم الأخوات على الأخوة ؛ ثم للعم الأبوين ؛ ثم للعم للأب ولا حضانة للعم من الأم ، ثم ابناؤهما ثم إلى خالات الأب على قول الحرقي ، وعلى القول الآخر إلى خالات الأم ثم إلى عمات الأب ولا حضانة لعمات الأم لأنهن يدلن بأب الأم ولا حضانة له ؛ وإن اجتمع شخصان أو أكثر من أهل الحضانة في درجة قدم المستحق منهم بالقرعة .

(فصل) فإن تركت الأم الحضانة مع استحقاقها لها فقيه وجهان .
أحدهما : تنتقل إلى الأب لأن أمهاتها فرع عليها في الاستحقاق فإذا أسقطت
حقها سقط فروعها .

والثاني : تنتقل إلى أمها وهو أصح لأن الأب أبعد فلا تنتقل الحضانة إليه
مع وجود أقرب منه ، كما لا تنتقل إلى الاخت ، وكونهن فروعاً لها لا يوجب
سقوط حقوقهن بسقوط حقها ، كما لو سقط حقها لكونها من غير أهل الحضانة
أو لتزوجها ، وهكذا الحكم في الأب إذا أسقط حقه هل يسقط حق أمهاته ؟ على
وجهين ، وإن كانت أخت من أبوين وأخت من أب فأسقطت الاخت من
الأبوين حقها لم يسقط حق الاخت من الأب ، لأن استحقاقها من غير جهتها
وليس فرعاً عليها .

« مسألة ، قال (وإذا أخذ الولد من الأم إذا تزوجت ثم طلقت رجعت على
حقها من كفاله) »

وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، إلا أن إباحيفة والمزني قال
إن كان الطلاق رجعياً لم يعد حقها ، لأن الزوجية قائمة ، فأشبهه مالهو كانت في
صلب النكاح .

ولنا أنها مطلقة فعاد حقها من الحضانة كالبائن ، وقولهم إنها زوجة ، قلنا إلا
أنه قد عزلها عن فراشه ولم يبق لها عليه قسم ولا لها به شغل ، وعقد سبب زوال
نكاحها فأشبهت البائن في عدتها ، ويخرج عندنا مثل قولها لكون النكاح قبل
الدخول مزيلاً لحق الحضانة مع عدم القسم والشغل بالزوج .

(فصل) وكل قرابة تستحق بها الحضانة منع منها مانع ، كرق أو كفر أو فسوق
أو جنون أو صغر ، إذا زال المانع مثل أن عتق الرقيق وأسلم الكافر ، وعدل
الفاسق ، وعقل المجنون : وبلغ الصغير عاد حقهم من الحضانة لأن سببها قائم ،
وإنما امتنع لما منع فإذا زال المانع عاد الحق بالسبب السابق الملازم ، كالزوجة
إذا طلقت .

«مسألة ، قال (وإذا تزوجت المرأة فلزوجها أن يمنعها من رضاع ولدها
إلا أن يضطر اليها ويخشى عليه التلف)

وجملة ذلك : أن للزوج منع امرأته من رضاع ولدها من غيره . ومن رضاع
ولد غيرها إلا أن يضطر اليها لأن عقد النكاح يقتضى تمليك الزوج الاستمتاع في
كل الزمان من كل الجهات سوى أوقات الصلوات ، والرضاع يفوت عليه الاستمتاع
في بعض الأوقات فكان له المنع كالخروج من منزله ، فإن اضطر الولد بأن
لا توجد مرضعة سواها أو لا يقبل الولد الارتضاع من غيرها وجب التمكين
من ارتضاعه لأنها حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها فقدم على حق الزوج كتقديم
المضطر على المالك إذا لم يكن بالمالك مثل ضرورته .

(فصل) فإن أرادت ارتضاع ولدها منه فكلام الحرقى يحتمل وجهين .
أحدهما : أن له منعها من رضاعه لعموم لفظه وهو قول الشافعى لأنه يخل
باستمتاعه منها فأشبهه ما لو كان الولد من غيره .

والثانى : ليس له منعها فإنه قال وإن أرادت رضاع ولدها بأجرة مثلاً فهي
أحق به من غيرها سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة وذلك لقول الله تعالى
(والوالدات يرضعن أولادهن حواين كاملين) وهذا خبر يراد به أمر وهو عام
في كل والدة ، ولا يصح من أصحاب الشافعى حمله على المطلقات لأنه جعل لمن
رزقهن وكسوتهن وهم لا يجيزون جعل ذلك أجر الرضاع ولا غيره .

وقولنا في الوجه الأول إنه يخل باستمتاعه ، قلنا : ولكن لإيفاء حق عليه
وليس ذلك بمنعها كما أن قضاء دينه بدفع ماله فيه واجب سيما إذا تعلق به حق
الولو في كونه مع أمه وحق الأم في الجمع بينها وبين ولدها ، وهذا الوجه ظاهر
كلام ابن أبى موسى وهو ظاهر كلام القاضى أبى يعلى .

(فصل) وإن أجرت المرأة نفسها للرضاع ثم تزوجت صبح النكاح ولم يملك
الزوج فسخ الإجارة وله منعها من الرضاع حتى تنقضى المدة لأن منافعتها ملكت
بمعقد سابق على نكاحه فأشبهه ما لو اشترى أمة مستأجرة أو داراً مشغولة ، فإن نام

الصبي أو اشتغل بغيرها فللزواج الاستمتاع ، وليس لولي الصبي منعه ، وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك : ليس له وطؤها الا برضاء الولي لان ذلك ينقص اللبن . ولنا أن وطء الزوج مستحق بالعقد فلا يسقط . بأمر مشكوك فيه كما لو أذن الولي فيه ولانه يجوز له الوطء مع إذن الولي لحاز مع عدمه لانه ليس للولي الاذن فيما يضر الصبي ويسقط . حقوقه .

(فصل) وان أجرت المرأة المزوجة نفسها للرضاع بإذن زوجها جاز ولزم العقد لأن الحق لها ولا يخرج عنها ، وإن أجرتها بغير إذن الزوج لم يصح لما يتضمن من تفويت حق زوجها ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والآخر يصح لانه تناول محلا غير محل النكاح . لكن للزوج فسخه لانه يفوت به الاستمتاع ويختل . ولنا أنه عقد يفوت به حق من ثبت له الحق بعقد سابق فلم يصح كإجارة المستأجر .

مسألة ، قال (وعلى الأب أن يسترضع لولده إلا أن تشاء الأم أن ترضعه بأجرة مثلها فتكون أحق به من غيرها سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة) .

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

أولهما : أن رضاع الولد على الأب وحده وليس له إجبار أمه على رضاعه دنيئة كانت أو شريفة سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة ولا نعلم في عدم إجبارها على ذلك إذا كانت مفارقة خلافا ، فأما إن كانت مع الزوج فكذلك عندنا ، وبه يقول الثوري والشافعي وأصحاب الرأي .

وقال ابن أبي ليلى والحسن بن صالح له إجبارها على رضاعها وهو قول أبي ثور ورواية عن مالك لقول الله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) والمشهور عن مالك أنها ان كانت شريفة لم تجر عادة مثلها بالرضاع لولدها لم تجبر عليه ، وان كانت ممن ترضع في العادة اجبرت عليه . ولنا قوله تعالى (وان تعاسرتم فسترضع له أخرى) وإذا اختلفا فقد تعاسرا ولأن الإجبار على الرضاع لا يخلو إما ان يكون لحق الولد أو لحق الزوج أو أمها . لا يجوز ان يكون لحق الزوج فانه لا يملك إجبارها على رضاع ولده من غيرها

ولا على خدمته فيما يختص به ، ولا يجوز أن يكون لحق الولد فإن ذلك لو كان له للزمها بعد الفرقة ولأنه مما يلزم الوالد لولده فلزم الأب على الخصوص كالنفقة أو كما بعد الفرقة ، ولا يجوز أن يكون لها لأن ما لا مناسبة فيه لا يثبت الحكم بانضمام بعضه الى بعض ولأنه لو كان لها لثبت الحكم به بعد الفرقة والآية محمولة على حال الاتفاق وعدم التعاسر .

الفصل الثاني : أن الأم إذا طلبت إرضاعه بأجر مثلها فهي أحق به سواء كانت في حال الزوجية أو بعدها وسواء وجد الأب مرضعة متبرعة أو لم يجد . وقال أصحاب الشافعي ان كانت في حبال الزوج فلزوجها منعها من إرضاعه لأنه يفوت حق الاستمتاع بها في بعض الأحيان وان استأجرها على إرضاعه لم يجوز لأن المنافع حق له فلا يجوز أن يستأجر منها ماهر أو بعضه حق له وان أرضعت الولد فهل لها أجر المثل ؟ على وجهين .

وان كانت مطلقة وطلبت أجر المثل فأراد انتزاعه منها ليسله الى من ترضعه بأجر المثل أو أكثر لم يكن له ذلك وان وجد متبرعة أو من ترضعه بدون أجر المثل فله انتزاعه منها في ظاهر المذهب لأنه لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها . وقال أبو حنيفة : إن طلبت الأجر لم يلزم الأب بذلها لها ولا يسقط حقها من الحضنة وتأتي المرضعة ترضعه عندها لانه أمكن الجمع بين الحقين فلم يجز الإخلال بأحدهما .

ولنا على الاول ما تقدم وعلى جواز الاستئجار أنه عقد إجارة يجوز من غير الزوج اذا أذن فيه فجاز مع الزوج كإجارة نفسها للاخيطة أو الخدمة ، وقولهم : ان المنافع مملوكة له غير صحيح فإنه لو ملك منفعة الحضنة لملك إجبارها عليها ولم تجز إجارة نفسها لغيره بإذنه ولكانت الاجرة له وانما امتنعت إجارة نفسها لاجنبي بغير اذنه لما فيه من تفويت الاستمتاع في بعض الاوقات ولهذا جازت بإذنه واذا استأجرها فقد أذن لها في إجارة نفسها فصح كما يصح من الاجنبي .

وأما الدليل على وجوب تقديم الام اذا طلبت أجر مثلها على المتبرعة فقوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة

وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، وقوله سبحانه (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) ولأن الأم أحن وأشفق ولبنها أمراً من لبن غيرها فكانت أحق به من غيرها كما لو طلبت الأجنبية رضاعه بأجر مثلها ولأن في رضاع غيرها تفويتاً لحق الأم من الحضانة وإضراراً بالمولود لا يجوز تفويت حق الحضانة الواجب والإضرار بالمولود لغرض إسقاط حق أوجه الله تعالى على الأب .

وقول أبي حنيفة يفضى الى تفويت حق الولد من لبن أمه وتفويت الأم في إرضاعه لبنها فلم يحز ذلك كما لو تبرعت برضاعه ، فأما ان طلبت الأم أكثر من أجر مثلها ووجد الأب من ترضعه بأجر مثلها أو متبرعة جاز انتزاعه منها لأنها أسقطت حقها باشتراطها وطلبها ما ليس لها فدخلت في عموم قوله (فسترضع له أخرى) وان لم يجد مرضعة الا بمثل تلك الأجرة فالأم أحق لانهما تساوتا في الأجر فكانت الأم أحق كما لو طلبت كل واحدة منهما أجر مثلها .

(فصل)

وان طلبت ذات الزوج الاجنبى إرضاع ولدها بأجرة مثلها بإذن زوجها ثبت حقها وكانت أحق به من غيرها لأن الأم إنما منعت من الارضاع لحق الزوج فإذا أذن فيه زال المانع فصارت كغير ذات الزوج ، وان منعها الزوج سقط حقها لتعذر وصولها الى ذلك .

(فصل) وان أرضعت المرأة ولدها وهي في حبال والده فاحتاجت الى زيادة نفقة لزمه لقول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ولأنها تستحق عليه قدر كفايتها فإذا زادت حاجتها زادت كفايتها والله أعلم .

باب نفقة المالك

« مسألة ، قال رحمه الله (وعلى ملاك المملوكين أن ينفقوا عليهم ويكسوم بالمعروف)

وجه ذلك : أن نفقة المملوكين على ملاكهم ثابتة بالسنة والإجماع . أما السنة فإروى أبو ذر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « اخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فإن كلفتموهم فأعينوهم » متفق عليه .

وروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف ولا يكاف من العمل ما لا يطيق » رواه الشافعي في مسنده ، وأجمع العلماء على وجوب نفقة المملوك على سيده ولأنه لا بد له من نفقة ومنافعه لسيده وهو أحسن الناس به فوجب نفقته عليه كبهيمته والواجب من ذلك قدر كفايته من غالب قوت البلد سواء كان قوت سيده أو دونه أو فوقه وأدم مثله بالمعروف لقوله عليه السلام « للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف » .

والمستحب أن يطعمه من جنس طعامه لقوله « فليطعمه مما يأكل » فجمعنا بين الخبرين ، وحملنا خبر أبي هريرة على الأجزاء ، وحديث خبر أبي ذر على الاستحباب والسيد مخير بين أن يجعل نفقته من كسبه إن كان له كسب وبين أن ينفق عليه من ماله ويأخذ كسبه أو يجعله برسم خدمته لأن الكل ماله فإن جعل نفقته في كسبه فكانت وفق الكسب صرفه إليها ، وإن فضل من الكسب شيء فهو لسيده ، وإن كان فيه عوز فعلى سيده تمامها .

وأما الكسوة فالمعروف من غالب الكسوة لامثال العبد في ذلك البلد الذي هو به والاولى أن يلبسه من لباسه لقوله عليه السلام « وليلبسه مما يلبس » . ويستحب أن يساوى بين عبيده الذكور في الكسوة والإطعام وبين امائه إن كن للخدمة أو الاستمتاع ، وإن كان فيهن من هو للخدمة وفيهن من هو للاستمتاع فلا بأس بزيادة من يزيد لها للاستمتاع في الكسوة لأن ذلك حكم العرف ولأن غرضه تجميل من يزيد لها للاستمتاع بخلاف الخادمة .

(فصل)

إذا تولى أحدهم طعامه استحب له أن يجلسه معه فيأكل ، فإن لم يفعل استحب أن يطعمه منه ولو لقمه لقمه أو لقمتين ، لما روى أبو هريرة أن النبي (ص) قال : إذا كفى أحدكم خادمه طعامه حره ودخانه فليدعه وليجلسه ، فإن أبي فليروع له اللقمة واللقتين ، رواه البخاري ، ومعنى ترويع اللقمة غمسها في المرق والدسم وترويتها بذلك ويدفعها إليه ، ولأنه يشتهي لحضوره فيه وتوابعه إياه ؛ وقد قال الله تعالى (وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه) الآية ، ولأن نفس الحاضر تتوق مالا تتوق نفس الغائب

(فصل) ولا يكلفه من العمل مالا يطيق ، وهو ما يشق عليه ويقرب من المعجز عنه لحديث أبي ذر ولأن ذلك يضربه ويؤذيه وهو ممنوع من الإضرار به .

(فصل) ولا يجبر المملوك على المخارجة ، ومعناه أن يضرب عليه خراجاً معلوما يؤديه وما فضل للعبد لأن ذلك عقد بينهما فلا يجبر عليه كالكتابة ، وإن طلب العبد ذلك وأباه لم يجبر عليه أيضاً ، فإن اتفقا على ذلك جاز ، لما روى أن أبا ظبية حرم النبي صلى الله عليه وسلم فأعطاه أجره وأمر مواله أن يخففوا عنه من خراجهم ؛ وكان كثير من الصحابة يضربون على رقيقهم خراجاً ، فروى أن الزبير كان له ألف مملوك على كل واحد منهم كل يوم درهم ، وجاء أبو ثعلبة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب فسأله أن يسأل المغيرة بن شعبة يخفف عنه من خراجهم ثم ينظر فإن كان ذا كسب يجعل عليه بقدر ما يفضل من كسبه عن نفقته وخراجهم شيء جاز فإن لم يكن لها به نفعا ، فإن العبد يحرص على الكسب وربما فضل معه شيء يزيد في نفقته ويتسع به ، وإن وضع عليه أكثر من كسبه بعد نفقته لم يجز ، وكذلك إن كلف من لا كسب له المخارجة لم يجز لما روى عن عثمان رضي الله عنه أنه قال : لا تكلفوا الصغير الكسب فإنكم متى تكلفوه الكسب سرق ، ولا تكلفوا المرأة غير ذات الصنعة الكسب ، فإنكم متى كلفتموها الكسب كسبت بفرجها ، ولأنه متى كلف غير ذي الكسب خراجاً كلفه ما يغلبه ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : لا تكلفوهم ما يغلبهم ، وربما حمله ذلك على أن يأتي به من غير وجه فلم يكن للسيد أخذه .

فصل

وإذا مرض المملوك أو زمن أو عوى أو انقطع كسبه فعلى سيده القيام به والإتفاق عليه ، لأن نفقته تجب بالملك ، ولهذا تجب مع الصغر والملك باق مع العمى والزمانة فتجب نفقته مع عموم النصوص المذكورة في أول الباب .

« مسألة ، قال (وأن يزوج المملوك إذا احتاج الى ذلك) »

وجملة ذلك انه يجب على السيد إعفاف مملوكه اذا طلب ذلك ، وهو أحد قولي الشافعى ، وقال أبو حنيفة ومالك : لا يجبر عليه لأن فيه ضرراً عليه وليس مما تقوم به البنية فلم يجبر عليه كإطعام الحلواء .

ولنا قوله تعالى : « وأنكحوا الإيمنى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم » والأمر يقتضى الوجوب ولا يجب الا عند الطلب . وروى عن عكرمة عن ابن عباس قال : من كانت له جارية فلم يزوجها ولم يصبها أو عبد فلم يزوجه فما صنعا من شيء كان على السيد ولولا وجوب إعفافها لما لحق السيد الإثم بفعلهما ، ولأنه مكلف محجور عليه دعى الى تزويجه فلزمته إجابته كالمحجور عليه للسفه ، ولأن النكاح مما تدعو اليه الحاجة غالباً ويتضرر بفواته فأجبر عليه كالنفقة بخلاف الحلواء إذا ثبت هذا فالسيد مخير بين تزويجه أو تملكه أمة يتسراها ، وله أن يزوجه عند طلبه لأن هذا مما يختلف الناس فيه وفي الحاجة اليه ولا تعلم حاجته الا بطلبه ولا يجوز تزويجه إلا باختياره ، فان إجبار العبد الكبير على النكاح غير جائز ، فأما الأمة فالسيد مخير بين تزويجها إذا طلبت ذلك وبين أن يستمتع بها فيغنيها باستمتاعه عن غيره ، لأن المقصود قضاء الحاجة وإزالة ضرر الشهوة ، وذلك يحصل بأحدهما فلم يتعين أحدهما .

(فصل) وإذا كان للعبد زوجة فعلى سيده تمكينه من الاستمتاع بها ليلاً لأن اذنه في النكاح اذن في الاستمتاع المعتاد والعادة جارية بذلك ليلاً وعليه نفقة زوجته على ما قدمنا .

« مسألة ، قال (فإن امتنع أجبر على بيعه إذا طلب المملوك ذلك)

وجملته أن السيد إذا امتنع مما يجب للعبد عليه من نفقة أو كسوة أو تزويج فطلب العبد البيع أجبر سيده عليه ، سواء كان امتناع السيد من ذلك لمجزئه عنه أو مع قدرته عليه ، لأن بقاء ملكه عليه مع الإخلال بسد خللاته إضرار به وإزالة الضرر واجبة فوجب إزالته ، ولذلك أبغنا للراءة فسخ النكاح عند عجز زوجها عن الانفاق عليها .

وقد روى في بعض الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « عبدك يقول أطعني والا فبعتي ، وأمرأتك تقول أطعني أو طلقني ، وهذا يدل بمفهومه على أن السيد متى وفى بحقوق عبده فطلب العبد بيعه لم يجبر السيد عليه ، وقد نص عليه أحمد . قال أبو داود : قيل لأبي عبد الله رحمه الله استباعت المملوكة وهو يكسوها عما يلبس ويطعمها مما يأكل . قال : لا تباع وإن أكثر من ذلك إلا أن تحتاج إلى زوج فتقول زوجني ؛ وقال عطاء واسحاق في العبد : يحسن إليه سيده وهو يستبيع . لا يبيعه ، لأن الملك للسيد والحق له فلا يجبر على إزالته من غير ضرر بالعبد ، كما لا يجبر على طلاق زوجته مع القيام بما يجب لها ، ولا على بيعه بيمينته مع الانفاق عليها .

« مسألة ، قال (وليس عليه نفقة مكاتبه إلا أن يعجز)

لا خلاف في أن المكاتب لا تلزم سيده نفقته ، لأن الكتابة عقد أوجب ملك المكاتب أكساب نفسه ومنافعه ومنع السيد من التصرف فيهما فلا يملك استخدامه ولا إجارته ولا إعارته ولا أخذ كسبه ولا أرش الجناية عليه ، ولا يلزمه أداء أرش جنايته فسقطت نفقته عنه كما لو باعه أو أعتقه ، فإذا عجز عا د رقيقا قنا وعاد إليه ملك نفقه واكسابه فعادت عليه نفقته ، كما لو اشتراه بعد بيعه .

« مسألة ، قال (وليس له أن يترضع الأمة لغير ولدها إلا أن يكون فيها

فضل عن ربه)

أما إذا أراد استرضاع أمته لغير ولدها مع كونه لا يفضل عنه فليس له ذلك لأن فيه إضراراً بولدها لنقصه من كفايته وصرف اللبن المخلوق لولدها إلى غيره مع حاجته إليه فلم يجز ، كما لو أراد أن ينقص الكبير من كفايته وموته ، فإن كان فيها فضل عن رى ولدها جاز ، لأنه ملكه وقد استغنى عنه الولد فكان له استيفاءؤه كالفاضل من كسبها عن مؤنتها ، وكما لو مات ولدها وبقي لبنها .

« مسألة ، قال (وإذا رهن المملوك أنفق عليه سيده)

وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الرهن من رهنه له غنمه وعليه غرمه ونفقته من غرمه » ، ولأنه ملك الراهن ونمائه له فكانت عليه نفقته كغير الرهن ، وقد ذكرت هذه المسألة في باب الرهن .

« مسألة ، قال (وإذا أبق العبد فلن جاء به إلى سيده ما أنفق عليه) .

إنما كان كذلك لأن نفقة العبد على سيده وقد قام الذي جاء به مقام سيده في الواجب عليه فرجع به عليه ، كما لو أذن له ، وقال الشافعي : لا يرجع بشيء لأنه متبرع بإتفاق لم يجب عليه .

ولنا أنه أدى عنه ما وجب عليه عند تعذر أدائه منه فرجع به عليه ، كما لو أدى الحاكم عن الممتنع من الإتفاق على امرأته ما يجب عليه من النفقة ، ويتخرج أن لا يرجع بشيء بناء على الرواية الأخرى فيمن أنفق على الرهن الذي عنده أو الوديعة أو الجمل إذا هرب الجمل فتركها مع المستأجر .

(فصل) وله تأديب عبده وأمته إذا اذنباً بالتوبيخ والضرب الخفيف ، كما يؤدب ولده وأمرأته في النشوز ، وليس له ضربه على غير ذنب ، ولا ضربه ضرباً مبرحاً وإن اذنب ، ولا لطمه في وجهه .

وقد روى عن ابن مقرن المزني قال : لقد رأيتني سابع سبعة ليس لنا إلا خادم واحد فلطمها أحدنا فأمرنا النبي صلى الله عليه وسلم بإعتاقها فأعتقناها .

وروى عن أبي مسعود قال : كنت أضرب غلاماً لي فاذا رجل من خلفي يقول « إعلم أبا مسعود ، إعلم أبا مسعود » ، فالتفت فاذا النبي صلى الله عليه وسلم يقول « إعلم أبا مسعود أن الله أقدر عليك منك على هذا الغلام » ،

(فصل) ومن ملك بهيمة لزمه القيام بها والاتفاق عليها ما تحتاج إليه من علفها أو إقامة من يرعاها ، لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : عذبت امرأة في هرة حبستها حتى ماتت جوعا ، فلا هي أطعمتها ولا أرسلتها تأكل من خشاش الأرض ، متفق عليه . فإن امتنع من الاتفاق عليها اجبر على ذلك ، فإن أبى أو عجز اجبر على بيعها أو ذبحها إن كانت مما يذبح .

وقال أبو حنيفة : لا يجبره السلطان بل يأمره به كما يأمره بالمعروف وينهاه عن المنكر ، لأن البهيمة لا يثبت لها حق من جهة الحكم ، ألا ترى أنه لا تصح منها الخصومة ولا ينصب عليها خصم فصارت كالزروع والشجر

ولنا أنها نفقة حيوان واجبة عليه فكان للسلطان إجباره عليها كنفقة العبيد ، ويفارق نفقة الشجر والزروع فإنها لا تجب ، فإن عجز عن الاتفاق وامتنع من البيع بيعت عليه كما يباع العبد إذا طلب البيع عند أسار سيده بنفقته ، وكما يفسخ نكاحه إذا أسير بنفقة امرأته ، وإن عطبت البهيمة فلم ينتفع بها ، فإن كانت مما يؤكل خير بين ذبحها والاتفاق عليها ، وإن كانت مما لا يؤكل اجبر على الاتفاق عليها كالعبد الزمن على ما ذكرناه فيما مضى ، ولا يجوز أن يحمل البهيمة ما لا تطيق لأنها في معنى العبد ، وقد منع النبي صلى الله عليه وسلم تكليف العبد مالا يطيق ، ولأن فيه تعذيباً للحيوان الذي له حرمة في نفسه واضراراً به وذلك غير جائز ، ولا يحلب من لبنها إلا ما يفضل عن كفاية ولدها ، لأن كفايته واجبة على مالكة وابن أمه مخلوق له ، فأشبه ولد الأمة .

كتاب الجراح

يعني كتاب الجنایات ، وإنما عبر عنها بالجراح لغلبة وقوعها به ، والجنایة : كل فعل عدوان على نفس أو مال لكنها في العرف مخصوصة بما يحصل فيه التعدي على الأبدان وسموا الجنایات على الأموال غصباً ونهباً وسرقة وخيانة وإتلاقاً .
(فصل) وأجمع المسلمون على تحريم القتل بغير حق والأصل فيه الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً) وقال تعالى (وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ) وقال (ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم) الآية .
وأما السنة : فروى عبد الله بن مسعود قال : قال رسول الله (ص) د لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزاني والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة ، متفق عليه .

وروى عثمان وعائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله في آي وأخبار سوى هذه كثيرة ، ولا خلاف بين الأمة في تحريمه فإن فعله إنسان متعمداً فسق وأمره إلى الله إن شاء عذبه وإن شاء غفر له وتوبته مقبولة في قول أكثر أهل العلم ، وقال ابن عباس إن توبته لا تقبل للآية التي ذكرناها وهي من آخر ما نزل ، قال ابن عباس ولم ينسخها شيء ولأن لفظ الآية لفظ الخبر والأخبار لا يدخلها نسخ ولا تغيير لأن خبر الله تعالى لا يكون إلا صدقا .

ولنا قول الله تعالى (إن الله لا يغفر أن يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء) فجعله داخلا في المشيئة ، وقال تعالى (إن الله يغفر الذنوب جميعاً) وفي الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم : إن رجلا قتل مائة رجل ظلما ثم سأل هل له من توبة ؟ فدل على عالم فسأله فقال : ومن يحول بينك وبين التوبة ولكن أخرج من قرية السوء إلى القرية الصالحة فاعبد الله فيها فخرج تائباً فأدركه الموت في الطريق فاختصمت فيه ملائكة الرحمة وملائكة العذاب فبعث الله اليهم ملكا فقال : قيسوا ما بين القريتين قال أيهما كان أقرب فاجعلوه من أهلها فوجدوه أقرب إلى القرية

الصالحة بشبر فجعلوه من أهلها ، ولأن التوبة تصح من الكفر فمن القتل أولى ،
والاية محمولة على من لم يتب أو على أن هذا جزاؤه أن جازاه وله العفو إذا شاء .
وقوله لا يدخلها النسخ . قلنا لكن يدخلها التخصيص والتأويل

« مسألة ، قال أبو القاسم رحمه الله (والقتل على ثلاثة أوجه : عمد وشبه
العمد وخطأ)

أكثر أهل العلم يرون القتل منقسماً الى هذه الأقسام الثلاثة . روى ذلك عن
عمر وعلي ، وبه قال الشعبي والنخعي وقتادة وحماد وأهل العراق والثوري والشافعي
وأصحاب الرأي ، وأنكر مالك شبه العمد ، وقال ليس في كتاب الله إلا العمد
والخطأ ، فأما شبه العمد فلا يعمل به عندنا وجعله من قسم العمد .

وحكى عنه مثل قول الجماعة وهو الصواب لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص
أن رسول الله (ص) قال « ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا
مائة من الأبل منها أربعون في بطونها أولادها ، رواه أبو داود .

وفي لفظ « قتل خطأ العمد ، وهذا نص يقدم على ما ذكره وقسمه أبو الخطاب
أربعة أقسام فزاد قسمها رابعاً وهو ما أجرى مجرى الخطأ نحو أن ينقلب نائم على
شخص فيقتله أو يقع عليه من علو ، والقتل بالسبب كحفر البئر ونصل السكين
وقتل غير المكاف أجرى الخطأ ، وإن كان عمداً وهذه الصورة التي ذكرها عند
الأكثرين من قسم الخطأ فإن صاحبها لم يعمد الفعل أو عمده وليس هو من
أهل القصد الصحيح فسموه خطأ فأعطوه حكمه ، وقد صرح الحرقى بذلك فقال
في الصبي والمجنون عمدهما خطأ .

« مسألة ، قال (فالعمد ما ضربه بمحديه أو خشبة كبيرة فوق عمود الفسطاط
أو حجر كبير الغالب أن يقتل مثله أو أعاد الضرب بخشبة صغيرة أو فعل به فعلاً
الغالب من ذلك الفعل أنه يتلف)

وجملة ذلك أن العمد نوعان :

أحدهما أن يضربه بمحدد وهو ما يقطع ويدخل في البدن كالسيف والسكين

والسنان وما في معناه مما يحدد فيجرح من الحديد والنحاس والرصاص والذهب والفضة والزجاج والحجر والقصب والخشب فهذا كله إذا جرح به جرحاً كبيراً فمات فهو قتل عمد لا خلاف فيه بين العلماء فيما علمناه .

فأما إن جرحه جرحاً صغيراً كشرطة الحجامة أو غرزة بإبرة أو شوكة نظرت فإن كان في مقتل كالعين والفؤاد والخاصرة والصدع وأصل الأذن فمات فهو عمد أيضاً لأن الإصابة بذلك في المقتل كالجرح بالسكين في غير المقتل ، وإن كان في غير مقتل نظرت فإن كان قد بالغ في إدخالها في البدن فهو كالجرح الكبير لأن هذا يشتد ألمه ويفضي إلى القتل كالكبير ، وإن كان الغور يسيراً أو جرحه بالكبير جرحاً لطيفاً كشرطة الحجامة فما دونها فقال أصحابنا إن بقي من ذلك ضمناً حتى مات ففيه القود لأن الظاهر أنه مات منه وإن مات في الحال ففيه وجهان .

أحدهما : لا قصاص فيه قاله ابن حامد لأن الظاهر أنه لم يمت منه ولأنه لا يقتل غالباً فأشبه العصا والسوط ، والتعليل الأول أجود لأنه لما احتمل حصول الموت بغيره ظاهراً كان ذلك شبهة في درء القصاص ولو كانت العلة كونه لا يحصل به القتل غالباً لم يفرق الحال بين موته في الحال وموته متراخياً عنه كسائر ما لا يجب به القصاص .

والثاني : فيه القصاص لأن المحدد لا يعتبر فيه غلبة الظن في حصول القتل به بدليل ما لو قطع شحمة أذنه ، أو قطع أنثته ، ولأنه لما لم يمكن إدارة الحكم وضبطه بغلبة الظن وجب ربطه بكونه محمداً ولا يعتبر ظهور الحكم في أحد صور المظنة بل يكفي احتمال الحكمة ، ولذلك ثبت الحكم به فيما إذا بقي ضمناً مع أن العمد لا يختلف مع اتحاد الآلة والفعل بسرعة الافضاء وإبطائه ، ولأن في البدن مقاتل خفية وهذا له سراية ومور فأشبه الجرح الكبير وهذا ظاهر كلام الحرقي فإنه لم يفرق بين الصغير والكبير ، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي من التفصيل فهو مما ذكرنا .

النوع الثاني : القتل بغير المحدد مما يغلب على الظن حصول الزهوق به عند استعماله فهذا عمد موجب للقصاص أيضاً ، وبه قال النخعي والزهري وابن سيرين وحماد وعمر بن دينار وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وإسحاق وأبو يوسف وعبد

وقال الحسن لا قود في ذلك ، وروى ذلك عن الشعبي ، وقال ابن المسيب وعطاء وطاوس العمد ما كان بالسلاح .

وقال أبو حنيفة : لا قود في ذلك الا أن يكون قتله بالنار وعنه في مقتل الحديد روايتان ، واحتج بقول النبي (ص) ، ألا إن في قتل عمد الخطأ قتل السوط والعصا والحجر مائة من الابل ، فسماه عمد الخطأ وأوجب فيه الدية دون القصاص ولأن العمد لا يمكن اعتباره بنفسه فيجب ضبطه بمظنته ولا يمكن ضبطه بما يقتل غالبا لحصول العمد بدونه في الجرح الصغير فوجب ضبطه بالجرح .

ولنا قول الله تعالى (ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا) وهذا مقتول ظلما ، وقال الله تعالى (كتب عليكم القصاص في القتلى) .

وروى أنس ، أن يهوديا قتل جارية على أوضح لها بحجر فقتله رسول الله صلى الله عليه وسلم بين حجرين ، متفق عليه ، وروى أبو هريرة قال قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما يودي وإما أن يعاد ، متفق عليه ، ولأنه يقتل غالبا فأشبهه المحدد .

وأما الحديث فمحمول على المثلث الصغير لأنه ذكر العصا والسوط وقرن به الحجر فدل على أنه أراد ما يشبههما ، وقولهم لا يمكن ضبطه ممنوع فإننا نوجب القصاص بما نتيقن حصول الغلبة به فاذا شككنا لم نوجبه مع الشك وصغير الجرح قد سبق القول فيه ولأنه لا يصح ضبطه بالجرح بدليل ما لو قتله بالنار أو بمثل الحديد . إذا ثبت هذا : فإن هذا النوع يتنوع أنواعا

أحدها : أن يضربه بمثل كبير يقتل مثله غالبا سواء كان من حديد كاللت والسندان والمطرقة أو حجر ثقيل أو خشبة كبيرة ، وحد الخرق الخشبة الكبيرة بما فوق عمود الفساط ، يعني العمد التي يتخذها الاعراب لبيوتها وفيها دقة ، فأما عمد الخيام فكبيرة تقتل غالبا فلم يرد لها الخرق وإنما حذر للموجب للقصاص بما فوق عمود الفسطاط لأن النبي (ص) لما سأل عن المرأة التي ضربت جاريتها بعمود فسطاط فقتلتها وجنيتها قضى النبي صلى الله عليه وسلم في الجنين بغرة وقضى بالدية على عاقلتها ، والعاقل لا تحمل العمد فدل على أن القتل بعمود الفسطاط ليس بعمد وإن كان أعظم منه فهو عمد لأنه يقتل غالبا ، ومن هذا النوع أن يلقي عليه حائطا

أو صخرة أو خشبة عظيمة أو ما أشبه مما يهلكه غالباً فيهلكه ففيه القود لأنه يقتل غالباً .

النوع الثاني . أن يضربه بمثل صغير كالعصى والسوط والحجر الصغير أو بلكرة بيده في مقتل أو في حال ضعف من المضروب لمرض أو صغر أو في زمن مفرط الحر أو البرد بحيث تقتله تلك الضربة ؛ أو كرر الضرب حتى قتله بما يقتل غالباً ففيه القود لأنه قتله بما يقتل مثله غالباً فأشبه الضرب بمثل كبير ، ومن هذا النوع لو عصر خصيته عصراً شديداً فقتله بعصر يقتل مثله غالباً فعليه القود، وإن لم يكن كذلك في جميع ما ذكرناه فهو عمد الخطأ وفيه الدية إلا أن يصغر جداً كالضربة بالقلم والاصبع في غير مقتل ونحو هذا مما لا يتوهم القتل به فلا قود فيه ولا دية لأنه لم يمت به وكذلك إن مسه بالكبير ولم يضربه به لأن الدية إنما تجب بالقتل وليس هذا بقتل .

النوع الثالث : أن يمنع خروج نفسه وهو ضربان .

أحدهما : أن يحمل في عنقه خراطه ثم يعلقه في خشبه أو شيء بحيث يرتفع عن الأرض فيختنق ويموت فهذا عمد سواء مات في الحال أو بقي زمناً لأن هذا أوحى أنواع الخنق وهو الذي جرت العادة بفعله من الولاة في اللصوص وأشباههم من المفسدين .

والضرب الثاني : أن يخنقه وهو على الأرض بيديه أو منديل أو حبل أو يغمه بوسادة أو شيء يضعه على فيه وأنفه أو يضع يديه عليهما فيموت فهذا إن فعل به ذلك مدة يموت في مثلها غالباً فمات فهو عمد فيه القصاص ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والنخعي والشافعي ، وإن فعله في مدة لا يموت في مثلها غالباً فمات فهو عمد الخطأ إلا أن يكون ذلك سيراً في العادة بحيث لا يتوهم الموت منه فلا يوجب ضماناً لأنه بمنزلة لمسه ، وإن خنقه وتركه مثلاً حتى مات ففيه القود لأنه مات من سراية جنايته فهو كالميت من سراية الجرح ، وإن تنفس وصح ثم مات فلا قود لأن الظاهر أنه لم يمت منه فأشبه ما لو اندمل الجرح ثم مات .

النوع الرابع : أن يلقيه في مهلكة وذلك على أربعة أضرب .

أحدها : أن يلقيه من شاهق كرأس جبل أو حائط عال يهلك به غالباً فيموت

فهو عمد . الثاني : ان يلقيه في نار او ماء يفرقه ، ولا يمكنه التخلص منه اما لكثرة الماء او النار واما لعجزه عن التخلص لمرض او صغر أو كونه مربوطا أو منعه الخروج أو كونه في حفيرة لا يقدر على الصعود منها ونحو هذا ، أو ألقاه في بئر ذات نفس فمات به عالما بذلك فهذا كله عمد لأنه يقتل غالبا . وإن ألقاه في ماء يسير يقدر على الخروج منه فلبث فيه اختيارا حتى مات فلا قود فيه ولا دية لأن هذا الفعل لم يقتله ، وإنما حصل موته بلبثه فيه وهو فعل نفسه فلم يضمه غيره ، وإن تركه في نار يمكنه التخلص منها لقاتها أو كونه في طرف منها يمكنه الخروج بأدنى حركة فلم يخرج حتى مات فلا قود لأن هذا لا يقتل غالبا ، وهل يضمه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يضمه لأنه مهلك لنفسه باقامته فلم يضمه ، كما لو ألقاه في ماء يسير لكن ضمن ما أصابت النار منه .

والثاني : يضمه لأنه جان باللقاء المفضي الى الهلاك ، وترك التخلص لا يسقط الضمان كما لو قصده فترك شد فصاده مع امكانه أو جرحه فترك مداواة جرحه ، وفارق الماء لأنه لا يهلك بنفسه ، ولهذا يدخله الناس للفعل والسباحة والصيد واما النار فيسيرها يهلك وإنما تعلم قدرته على التخلص بقوله انا قادر على التخلص او نحو هذا ، لأن النار لها حرارة شديدة فربما أزجمته حرارتها عن معرفة ما يتخلص به او اذهبت عقله بالمها وروعها ، وإن ألقاه في لجة لا يمكنه التخلص منها فالتقمه حوت ففيه وجهان .

أحدهما : عليه القود لأنه ألقاه في مهلكة فهلك ، فاشبه ما لو غرق فيها .

والثاني : لا قود عليه لأنه لم يهلك بها أشبه ما لو قتله آدمي آخر : وإن ألقاه في ماء يسير فأكله سبع او التقمه حوت او تمساح فلا قود عليه ، لأن الذي فعله لا يقتل غالبا وعليه ضمانه لأنه هلك بفعله :

الضرب الثالث : ان يجمع بينه وبين اسد او نمر في مكان ضيق كزبية ونحوها فيقتله ، فهذا عمد فيه القصاص اذا فعل السبع به فعلا يقتل مثله ، وإن فعل به فعلا لو فعله الأدمي لم يكن عمداً لم يجب القصاص به لأن السبع صار آلة للأدمي فكان فعله كفعله : وإن ألقاه مكتوفا بين يدي الاسد أو النمر في فضاء فأكله فعليه القود

وكذلك إن جمع بينه وبين حية في مكان ضيق فهشته فقتله فعليه القود . وقال القاضى : لا ضمان عليه في الصورتين ، وهو قول أصحاب الشافعى لأن الأسد والحية يهربان من الادمى ولأن هذا سبب غير ملجئ .

ولنا أن هذا يقتل غالباً فكان عمداً محضاً كسائر الصور ، وقولهم إنهما يهربان غير صحيح ، فإن الأسد يأخذ الادمى المطلق ، فكيف يهرب من مكتوف ألقى إليه ليا كله ؟ والحية إنما تهرب في مكان واسع ، أما إذا ضايق المكان فالغالب أنها تدفع عن نفسها بالنهش على ما هو للعادة .

وقد ذكر القاضى فيمن ألقى مكتوفاً في أرض مسبعة أو ذات حيات فقتله أن في وجوب القصاص روايتين ، وهذا تناقض شديد ، فإنه تنى الضمان بالملكية في صورة كان للقتل فيها أغلب ، وأوجب القصاص في صورة كان فيها أندر ، والصحيح أنه لا قصاص هنا ، ويجب الضمان لأنه فعل به فعلاً متعمداً تلف به لا يقتل مثله غالباً .

وان أنهشه حية أو سبعا فقتله فعليه القود إذا كان ذلك عما يقتل غالباً ، فإن كان عما لا يقتل غالباً كضبان الحجاز أو سبع صغير فقيه وجهان : أحدهما فيه القود لأن الجرح لا يعتبر فيه غلبة حصول القتل به وهذا جرح ، ولأن الحية من جنس ما يقتل غالباً . والثانى : هو شبه العمد لأنه لا يقتل غالباً أشبه الضرب بالعصا والحجر . وان كتفه وألقاه في أرض غير مسبعة فأكله سبع أو نهشته حية فمات فهو شبه العمد . وقال أصحاب الشافعى هو خطأ محض

ولنا أنه فعل به فعلاً لا يقتل مثله غالباً عمداً فأفضى الى هلاكه ، أشبه ما لو ضربه بعصا فمات ، وكذلك ان ألقاه مشدوداً في موضع لم يعد وصول زيادة للماء اليه ، فأما ان كان في موضع يعلم وصول زيادة الماء اليه في ذلك الوقت فمات بها فهو عمد محض ، وان كانت غير معلومة اما لكونها تحتل الوجوب وعبدمه أو لا تعهد أصلاً فهو شبه عمد .

الضرب الرابع . أن يحبس في مكان ويمنعه الطعام والشراب مدة لا يبقى فيها حتى يموت فعليه القود لأن هذا يقتل غالباً ، وهذا يختلف باختلاف الناس والزمان

والاحوال ، فإذا كان عطشان في شدة الحر مات في الزمن القليل ، وإن كان ريان والزمن بارد أو معتدل لم يمّت الا في زمن طويل فيعتبر هذا فيه ، وإن كان في مدة يموت في مثلها غالباً ففيه القود ، وإن كان لا يموت في مثلها غالباً ففيه القود وإن كان لا يموت في مثلها غالباً فهو عمد الخطأ ، وإن شككنا فيها لم يجب القود لأننا شككنا في السبب ، ولا يثبت الحكم مع الشك في سببه ، سيما القصاص الذي ينسقط بالشبهات .

النوع الخامس : أن يسقيه سماً أو يطعمه شيئاً قاتلاً فيموت به فهو عمد موجب للقود إذا كان مثله يقتل غالباً ، وإن خلطه بطعام وقدمه اليه فأكله أو أهده اليه أو خلطه بطعام رجل ولم يعلم ذلك فأكله فعليه القود لأنه يقتل غالباً ، وقال الشافعي في أحد قوليّه : لا قود عليه لأنه أكله مختاراً فأشبه ما لو قدم اليه سكيناً فطمع بهاتفه ، ولأن أنس بن مالك روى أن يهودية أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم بشاة مسمومة فأكل منها النبي صلى الله عليه وسلم ولم يقتلها النبي (ص) قال : وهل يجب القود ؟ فيه قولان .

ولنا خبر اليهودية فإن أبا سلة قال فيه : فمات بشر بن البراء ، فأمر بها النبي صلى الله عليه وسلم فقتلت ، أخرجته أبو داود ، ولأن هذا يقتل غالباً ويتخذ طريقاً الى القتل كثيراً ، فأوجب القصاص ، كما لو أكرهه على شربه ، فأما حديث أنس فلم يذكر فيه أن أحداً مات منه ، ولا يجب القصاص الا أن يقتل به ، ويجوز أن يكون النبي (ص) لم يقتلها قبل أن يموت بشر بن البراء ، فلما مات أرسل اليها النبي (ص) فسألها فاعترفت فقتلها . فنقل أنس صدر القصة دون آخرها ، ويتعين حمله عليه جمعا بين الخبرين .

ويجوز أن يترك قتلها لكونها ما قصدت بشر بن البراء إنما قصدت قتل النبي صلى الله عليه وسلم فاختل العمد بالنسبة الى بشر ، وفارق تقديم السكين لأنها لا تقدم الى انسان ليقتل بها نفسه ، إنما تقدم اليه لينتفع بها وهو عالم بمضرتها ونفعها ، فأشبه ما لو قدم اليه السم وهو عالم به .

فأما ان خلط السم بطعام نفسه وتركه في منزله فدخل انسان فأكله فليس عليه ضمان بقصاص ولا دية لأنه لم يقتله ، وإنما الداخل قتل نفسه ، فأشبه

ما لو حضر في داره بشراً فدخل رجل فوقع فيها ، وسواء قصد بذلك قتل الأكل ، مثل أن يعلم ظالماً يريد هجوم داره فترك السم في الطعام ليقتله فهو كما لو حضر بشراً في داره ليفقع فيها اللص إذا دخل ليسرق منها ، ولو دخل رجل ياذنه فأكل الطعام المسموم بغير إذنه لم يضمّنه لذلك ، وإن خلطه بطعام رجل أو قدم إليه طعاماً مسموماً وأخبره بسمه فأكله لم يضمّنه لأنه أكله عالماً بحاله ، فأشبه ما لو قدم إليه سكيناً فوجأ بها نفسه ، وإن سقى إنساناً سماً أو خلطه بطعامه فأكله ولم يعلم به وكان مما لا يقتل مثله غالباً فهو شبه عمد . فإن اختلف فيه هل يقتل مثله غالباً أو لا ؟ وثم بينة تشهد عمل بها .

وان قالت البينة هو يقتل النضو الضعيف دون القوى أو غير هذا عمل على حسب ذلك ، وإن لم يكن مع أحدهما بينة فالقول قول الساقى ، لأن الأصل عدم وجوب القصاص فلا يثبت بالشك ، ولأنه أعلم بصفة ماسق . وإن ثبت أنه قاتل فقال لم أعلم أنه قاتل فقيه وجهان :

أحدهما عليه القود لأن السم من جنس ما يقتل به غالباً ، فأشبه ما لو جرحه وقال لم أعلم أنه يموت منه . والثاني لا قود عليه لأنه يجوز أن يخفى عليه أنه قاتل وهذه شبهة يسقط بها القود .

النوع السادس : أن يقتله بسحر ، يقتل غالباً ، فيلزمه القود لأنه قتله بما يقتل غالباً ، فأشبه ما لو قتله بسكين ، وإن كان مما لا يقتل غالباً ، أو كان مما يقتل ولا يقتل ، فقيه الدية دون القصاص لأنه عمد الخطأ فأشبه ضرب العصا .

النوع السابع : أن يتسبب إلى قتله بما يقتل غالباً ، وذلك أربعة أضرب أحدها : أن يكره رجلاً على قتل آخر فيقتله ، فيجب القصاص على المكره والمكره جميعاً ، وبهذا قال مالك . وقال أبو حنيفة ومحمد : يجب القصاص على المكره دون المباشر ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « عني لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، ولأن المكره آلة المكره ، بدليل وجوب القصاص على المكره ونقل فعله إليه ، فلم يجب على المكره ، كما لو رمى به عليه فقتله ، وقال زفر يجب على المباشر دون المكره ، لأن المباشرة تقطع حكم السبب كالحافر مع الدافع والآمر مع القاتل . وقال الشافعي : يجب على المكره . وفي المكره قولان .

وقال أبو يوسف : لا يجب على واحد منها . لأن المكره لم يباشر القتل فهو كحافر البئر والمكره ملجأ فأشبه المرمى به على انسان .

ولنا على وجوبه على المكره انه تسبب الى قتله بما يفضي اليه غالبا ، فأشبهه مالو السعة حية او القاه على اسد في زبية .

ولنا على وجوبه على المكره انه قتله عمدا ظلما لاستيقاظ نفسه . فأشبهه مالو قتله في الخمصة لياكله

وقولهم : ان المكره ملجأ غير صحيح فإنه متمكن من الامتناع ، ولذلك أثم بقتله وحرّم عليه ، وانما قتله عند الاكراه ظنا منه ان في قتله نجاة نفسه وخلاصه من شر المكره . فأشبه القتال في الخمصة لياكله ، وان صار الامر الى الدية وجبت عليها ، وبه قال الشافعي

وقال ابو حنيفة ومحمد : لادية على المكره بناء منها على انه آله ، وقد بينا فسادها . وانما هما شريكان يجب القصاص عليهما جميعا فوجبت الدية عليهما كالشريكين بالفعل ، وكما يجب الجزاء على الدال على الصيد في الاحرام والمباشر والرد كالمباشر في المحاربة ، فعلى هذا ان أحب الولي قتل أحدهما : واخذ نصف الدية من الآخر او العفو عنه فله ذلك

الضرب الثاني : اذا شهد رجلان على رجل بما يوجب قتله فقتل بشهادتهما ثم رجعا واعترفا بتعمد القتل ظلما وكذبهما في شهادتهما فعليهما القصاص ، وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : لا قصاص عليهما . لانه تسبب غير ملجئ . فلا يوجب القصاص كحفر البئر

ولنا ما روى القاسم بن عبد الرحمن : أن رجلين شهدا عند علي كرم الله وجهه على رجل انه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما ، فقال علي : لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما ، وغرمهما دية يده ، ولأنهما توصلا الى قتله بسبب يقتل غالبا فوجب عليهما القصاص كالمكره .

الضرب الثالث : الحاكم اذا حكم على رجل بالقتل علما بذلك متعمدا فقتله واعترف بذلك وجب القصاص ، والكلام فيه كالكلام في الشاهدين ، ولو أن الولي الذي باشر قتله أقر بعلمه بكذب الشهود وتعمد قتله فعليه القصاص ، لا أعلم

فيه خلافاً ، فإن أمر الشاهدان والحاكم والولي جميعاً بذلك ، فعلى الولي القصاص لأنه باشر القتل عمداً وعدواناً ، وينبغي أن لا يجب على غيره شيء لأنهم متسببون والمباشرة تبطل حكم السبب كالمدافع مع الخافر ، ويفارق هذا ما إذا لم يقر لأنه لم يثبت حكم مباشرة القتل في حقه ظلماً ، فكان وجوده كعدمه ويكون القصاص على الشاهدين والحاكم ، لأن الجميع متسببون

وإن صار الأمر إلى الدية فهي عليهم أثلاثاً ، ويحتمل أن يتعلق الحكم بالحاكم وحده ، لأن تسببه اخص من تسببهم ، فإن حكمه واسطة بين شهادتهم وقتله . فأشبه المباشر مع المتسبب

ولو كان الولي المقر بالتعمد لم يباشر القتل وإنما وكل فيه ، نظرت في الوكيل فإن أقر بالعلم وتعمد القتل ظلماً فهو القاتل وحده ، لأنه مباشر للقتل عمداً ظلماً من غير إكراه فتعلق الحكم به ، كما لو أمر بالقتل في غير هذه الصورة ، وإن لم يعترف بذلك فالحكم متعلق بالولي ، كما لو باشره . والله أعلم .

مسألة ، قال (ففيه القود إذا اجتمع عليه الأولياء . وكان المقتول حراً مسلماً)

أجمع العلماء على أن القود لا يجب إلا بالعمد ، ولا تعلم بينهم في وجوبه بالقتل العمد إذا اجتمعت شروطه خلافاً ، وقد دلت عليه الآيات والأخبار بمعمومها فقال الله تعالى ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل) وقال تعالى (كتب عليكم القصاص في القتل) وقال تعالى (ولكم في القصاص حياة) يريد والله أعلم : أن وجوب القصاص يمنع من يريد القتل منه شفقة على نفسه من القتل ، فتبقى الحياة فيمن أريد قتله .

وقيل : أن القاتل تنعقد العداوة بينه وبين قبيلة المقتول فيريد قتلهم خوفاً منهم ويريدون قتله وقتل قبيلته استيفاءً في الاقتصاص منه بحكم الشرع قطع لسبب الهلاك بين القبيلتين ، وقال الله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) الآية ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : من قتل له قتيل فهو بخير النظرين : إما أن يقتل وإما أن يفدى ، متفق عليه .

وروى أبو شريح الخزاعي قال : قال رسول الله (ص) : من أصيب بدم أو خبل فهو بالخيار بين إحدى ثلاث فإن أراد الرابعة فخذوا على يديه : أن يقتل أو يعفو أو يأخذ الدية ، رواه أبو داود ، وفي لفظ : فمن قتل له بعد مقاتلي قتيل فأهله بين خيرتين : أن يأخذوا الدية أو يقتلوا ، وقال عليه السلام : العمد قود إلا أن يعفو ولي المقتول ، وفي لفظ : من قتل عامدا فهو قود ، رواه أبو داود ، وفي لفظ رواه ابن ماجه : من قتل عامدا فهو قود ، ومن حال بينه وبينه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، لا يقبل منه صرف ولا عدل ، وقال الخرقى : إذا اجتمع عليه الأولياء ، يعني إذا كان للمقتول أولياء يستحقون القصاص ، فمن شرط وجوبه اجتماعهم على طلبه ؛ ولو عني واحد منهم سقط كله ، وإن كان بعضهم غائبا أو غير مكلف لم يكن لشركائه القصاص حتى يقدم الغائب ويختار القصاص أو يوكل ويبلغ الصبي ويفيق المجنون ويختاراه .
وقولهم : إذا كان المقتول حرا مسلما ؛ يعني مكافئا للقاتل ، فإذا كان القاتل حرا مسلما اشترط كون المقتول حرا مسلما لما لتحقيق المكافأة بينهما ، فإن الكافر لا يكافى المسلم والعبد لا يكافى الحر .

(فصل)

وأجمع أهل العلم على أن الحر المسلم يقاد به قاتله ، وإن كان مجدع الأطراف معدوم الحواس والقاتل صحيح سوى الخلق أو كان بالعكس ، وكذلك إن تفاوتوا في العلم والشرف ، والغنى والفقر ، والصحة والمرض ، والقوة والضعف ، والكبر والصغر ، والسلطان والسوقة ، ونحو هذا من الصفات لم يمنع القصاص بالاتفاق وقد دلت عليه العمومات التي تلونها ، وقول النبي (ص) : المؤمنون تكافأ دماؤهم ، ولأن اعتبار التساوى في الصفات والفضائل ، يفضي إلى إسقاط القصاص بالكلية وفوات حكمة الردع والزجر ، فوجب أن يسقط اعتباره كالطول والقصر والسواد والبياض .

(فصل) ولا يشترط في وجوب القصاص كون القتل في دار الاسلام بل متى قتل في دار الحرب مسلما عامدا عالما بإسلامه فعليه القود ، سواء كان قد هاجر أو لم يهاجر ، وبهذا قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لا يجب القصاص بالقتل في غير دار الإسلام فإن لم يكن المقتول هاجر لم يضمنه بقصاص ولا دية عمداً قتله أو خطأ ، وإن كان قد هاجر ثم عاد إلى دار الحرب كرجلين مسلمين دخلا دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه ضمنه بالدية ولم يجب القود ، وحكى عن أحمد رواية كقوله ولو قتل رجلاً أسيراً مسلماً في دار الحرب لم يضمنه إلا بالدية عمداً قتله أو خطأ .

ولنا ما ذكرنا من الآيات والأخبار ولأنه قتل من يكافئه عمداً ظلماً فوجب عليه القود كما لو قتله في دار الإسلام ولأن كل دار يجب فيها القصاص إذا كان فيها إمام يجب وإن لم يكن فيها إمام كدار الإسلام .

فصل

وقتل الغيلة وغيره سواء في القصاص والعفو وذلك للولي دون السلطان ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر ، وقال مالك : الأمر عندنا أن يقتل به وليس للولي الدم أن يعفو عنه وذلك إلى السلطان ، والغيلة عنده أن يخدع الإنسان فيدخل بيتاً أو نحوه فيقتل أو يؤخذ ماله ولعله يحتج بقول عمر في الذي قتل غيلة لو تملاً عليه أهل صنعاء لأقذتهم به وبقياسه على المحارب .

ولنا عموم قوله تعالى (فقد جعلنا لوليه سلطاناً) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « فأهله بين خيرتين ، ولأنه قتل في غير المحاربة فكان أمره إلى وليه كسائر القتل وقول عمر لأقذتهم به أي أمكنت الولي من استيفاء القود منهم .

(فصل) وإذا قتل رجلاً وادعى أنه وجد مع امرأته أو أنه قتله دفعا عن نفسه أو أنه دخل منزله بكابره على ماله فلم يقدر على دفعه إلا بقتله لم يقبل قوله إلا ببينة ولزمه القصاص .

روى نحو ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا أعلم فيه مخالفاً ، وسواء وجد في دار القتال أو في غيرها أو وجد معه سلاح أو لم يوجد لما روى عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن وجد مع امرأته رجلاً فقتله فقال إن لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته ولأن الأصل عدم ما يدعيه فلا يثبت بمجرد الدعوى ، وإن اعترف الولي بذلك فلا قصاص عليه ولا دية لما روى عن عمر رضي الله عنه « أنه كان يوماً يتغدى إذ جاءه رجل يعدو

وفى يده سيف مطبخ بالدم ووراه قوم يعدون خلفه فجاء حتى جلس مع عمر لهما
الاخرون فقالوا يا امير المؤمنين ان هذا قتل صاحبنا ، فقال له عمر ما يقولون ؟
فقال يا امير المؤمنين انى ضربت فخذى امرأتى فان كان بينها أحد فقد قتلتها ، فقال
عمر ما يقول ؟ قالوا يا امير المؤمنين انه ضرب بالسيف فوق في وسط الرجل وفخذى
المرأة فأخذ عمر سيفه ففرزه ثم دفعه اليه وقال ان عادوا فعد ، رواه سعيد فى سننه
وروى عن الزبير أنه كان يوماً قد تخلف عن الجيش ومعه جارية له فاتاه رجلان
فقالا أعطنا شيئاً فالتقى اليهما طعاما كان معه فقالا خل عن الجارية فضر بهما بسيفه
فقطعهما بضربة واحدة ، ولان الخصم اعترف بما يبيح قتله فسقط حقه كما لو أقر
بقتله قصاصاً أو فى حد يوجب قتله وان ثبت ذلك بينة فكذلك .

« مسألة ، قال (وشبه العمد ما ضربه بخشبة صغيرة أو حجر صغير أو لكزه
أو فعل به فعلاً الاغلب من ذلك الفعل أنه لا يقتل مثله فلا قود فى هذا والدية
على العاقلة) »

شبه العمد أحد أقسام القتل وهو أن يقصد ضربه بما لا يقتل غالباً إما لقصد
العدوان عليه أو لقصد التأديب له فيسرف فيه كالضرب بالسوط والعصا والحجر
الصغير والوكز واليد وسائر ما لا يقتل غالباً إذا قتل فهو شبه عمد لانه يقصد
الضرب دون القتل ويسمى عمد الخطأ وخطأ العمد لاجتماع العمد والخطأ فيه
فانه عمد الفعل وأخطأ فى القتل فهذا لا قود فيه والدية على العاقلة فى قول أكثر
أهل العلم ، وجعله مالك عمداً موجباً للقصاص ، ولأنه ليس فى كتاب الله الا
العمد والخطأ فمن زاد قسماً ثالثاً زاد على النص ولانه قتله بفعل عمدته فكان عمداً
كما لو غرزه بإبرة فقتله .

وقال أبو بكر من أصحابنا: تجب الدية فى مال القاتل وهو قول ابن شبرمة لانه
موجب فعل عمد فكان فى مال القاتل كسائر الجنایات .

ولنا ما روى أبو هريرة قال : « اقتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما
الآخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها فقضى النبی صلى الله عليه وسلم أن دية جنيها
عبد أو وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها ، متفق عليه ، فأوجب ديتها على العاقلة

والعاقلة لا تحمل عمداً ، وأيضا قول النبي صلى الله عليه وسلم ، ألا إن في قتل خطأ
العمد قتل السوط والعصا والحجر مائة من الأبل ، .

وفي لفظ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، عقل شبه العمد مغلف مثل عقل
العمد ولا يقتل صاحبه ، رواه أبو داود وهذا نص .

وقوله هذا قسم ثالث ، قلنا نعم هذا ثبت بالسنة والقسمان الأولان ثبتا
بالكتاب ولأنه قتل لا يوجب القود فكانت دية على العاقلة كقتل الخطأ .

« مسألة ، قال (والخطأ على ضربين أحدهما أن يرمى الصيد أو يفعل ما يجوز
له فعله فيؤول إلى إتلاف حر مسلما كان أو كافرا فتكون الدية على عاقلة وعليه
عتق رقبة مؤمنة)

وجملته أن الخطأ أن يفعل فعلا لا يريد به إصابة المقتول فيصيبه ويقتله مثل
أن يرمى صيدا أو هدفا فيصيب إنسانا فيقتله .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن القتل الخطأ أن يرمى
الرامي شيئا فيصيب غيره لا أعلمهم يختلفون فيه ، هذا قول عمر بن عبد العزيز
وقتادة والنخعي والزهرى وابن شبرمة والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي
فهذا الضرب من الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة في مال القاتل بغير
خلاف نعلمه : والأصل في وجوب الدية والكفارة قول الله تعالى (ومن قتل
مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا) وسواء كان
المقتول مسلما أو كافرا له عهد لقول الله تعالى (وإن كان من قوم بينكم وبينهم
ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة) ولا قصاص في شيء من هذا لأن
الله تعالى أوجب به الدية ولم يذكر قصاصا ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم ، رفع
عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ، ولأنه لم يوجب القصاص في عمد
الخطأ فني الخطأ أولى .

(فصل) وإن قصد فعلا محرما فقتل آدميا مثل أن يقصد قتل بهيمة أو آدميا
معصوما فيصيب غيره فيقتله فهو خطأ أيضا لأنه لم يقصد قتله وهذا مذهب الشافعي
وكذلك قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن القتل الخطأ

أن يرمى الرامي شيئا فيصيب غيره ، ويتخرج على قول أبي بكر أن هذا عمد لقوله
 فيمن رمى نصرانيا فلم يقع به السهم حتى أسلم أنه عمد يجب به القصاص لكونه
 قصد فعلا محرما قتل به إنسانا .

« مسأله ، قال (والضرب الثاني : أن يقتل في بلاد الروم من عنده أنه كافر
 ويكون قد أسلم وكنتم إسلامه الى أن يقدر على التخلص الى أرض الإسلام
 فيكون عليه في ماله عتق رقبة مؤمنة بلا دية لقول الله تعالى (وإن كان من قوم
 عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة)

هذا الضرب الثاني من الخطأ وهو أن يقتل في أرض الحرب من يظنه كافرا
 ويكون مسلما ولا خلاف في أن هذا خطأ لا يوجب قصاصا لأنه لم يقصد قتل
 مسلم فأشبهه ما لو ظنه صيدا فبان آدميا إلا أن هذا لا تجب به دية أيضا ولا يجب
 إلا الكفارة ، وروى هذا عن ابن عباس ، وبه قال عطاء ومجاهد وعكرمة وقتادة
 والأوزاعي والثوري وأبو ثور وأبو حنيفة .

وعن أحمد رواية أخرى تجب به الدية والكفارة وهو قول مالك والشافعي
 لقول الله (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله) وقال
 عليه السلام « ألا إن في قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا مائة من الأبل ،
 ولأنه قتل مسلما خطأ فوجب دية كما لو كان في دار الإسلام .

ولنا قول الله تعالى (وإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة
 مؤمنة) ولم يذكر دية ، وتركه ذكرها في هذا القسم مع ذكرها في الذي قبله وبعده
 ظاهر في أنها غير واجبة ، وذكره لهذا قسما مفردا يدل على أنه لم يدخل في عموم
 الآية التي احتجوا بها ، ويخص بها عموم الخبر الذي روي .

« مسأله ، قال (ولا يقتل مسلم بكافر)

أكثر أهل العلم لا يوجبون على مسلم قصاصا بقتل كافر أي كافر كان ، روى
 ذلك عن عمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت ومعاوية رضي الله عنهم ، وبه قال عمر
 ابن عبد العزيز وعطاء والحسن وعكرمة والزهرى وابن شبرمه ومالك والثوري
 والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر .

وقال النخعي والشعبي وأصحاب الرأي : يقتل المسلم بالذمي خاصة : قال أحمد :
الشعبي والنخعي قالا : دية المجوسي واليهودي والنصراني مثل دية المسلم ، وإن
قتله يقتل به ، هذا عجب يصير المجوسي مثل المسلم ، سبحانه الله ما هذا القول ؟
واستبشعه ، وقال : النبي صلى الله عليه وسلم يقول « لا يقتل مسلم بكافر » وهو
يقول . يقتل بكافر . فأى شيء أشد من هذا ؟ واحتجوا بالعمومات التي ذكرناها
في أول الباب ، وبما روى ابن البيهاني أن النبي صلى الله عليه وسلم أقاد مسلماً بذمي
وقال « أنا أحق من وفي بذمته » ، ولأنه معصوم عصمة مؤبدة فيقتل به قاتله كالمسلم
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسمى بذمتهم
أدناهم » ولا يقتل مؤمن بكافر ، رواه الإمام أحمد وأبو داود ، وفي لفظ « لا يقتل
مسلم بكافر » رواه البخاري وأبو داود

وعن علي رضي الله عنه قال من السنة : « لا يقتل مسلم بكافر » رواه الإمام
أحمد ، ولأنه منقوص بالكفر فلا يقتل به المسلم كالمستأمن ، والعمومات مخصوصات
بحديثنا ، وحديثهم ليس له إسناد ، قاله أحمد

وقال الدارقطني : يرويه ابن البيهاني ، وهو ضعيف إذا اسند ، فكيف إذا
أرسل ؟ والمعنى في المسلم أنه مكافئ للمسلم بخلاف الذمي ، فاما المستأمن ، فوافق
أبو حنيفة الجماعة في أن المسلم لا يقاد به ، وهو المشهور عن أبي يوسف ، وعنه :
يقتل به لما سبق في الذمي .

ولنا : أنه ليس يحذفون الدم على التأييد . فاشبه الحربي مع ما ذكرنا من
الدليل في التي قبلها .

(فصل) فإن قتل كافر كافراً ، ثم أسلم القاتل ، أو جرحه ، ثم أسلم الجرح
ومات المجروح فقال أصحابنا يقتص منه وهو قول الشافعي ، لأن القصاص عقوبة
فكان الاعتبار فيها بحال وجوبها دون حال استيفائها كالحدود ، ولأنه حق وجب
عليه قبل إسلامه ، فلم يسقط بإسلامه كالدين ، ويحتمل أن لا يقتل به وهو قول
الأوزاعي لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يقتل مسلم بكافر » ، ولأنه مؤمن
فلا يقتل بكافر كما لو كان مؤمناً حال قتله ، ولأن إسلامه لو قارن السبب منع عمله
فإذا طرأ سقط حكمه .

(فصل)

وإن جرح مسلم كافراً فأسلم المجروح ثم مات مسلماً بسراية الجرح لم يقتل به قاتله، لأن التكافؤ معدوم حال الجنابة وعليه دية مسلم، لأن اعتبار الأرض بحالة استقرار الجنابة، بدليل ما لو قطع يد رجل ورجليه فسرى إلى نفسه دية واحدة ولو اعتبر حال الجرح وجب ديتان، ولو قطع حر يد عبد ثم عتق ومات لم يجب قصاص لعدم التكافؤ حال الجنابة، وعلى الجاني دية حر اعتباراً بحال الاستقرار، وهذا قول ابن حامد، وهو مذهب الشافعي، وللسيد أقل الأمرين من نصف قيمته أو نصف دية حر والباقي لورثته، لأن نصف قيمته إن كانت أقل فهي التي وجدت في ملكه فلا يكون له أكثر منها، لأن الزائد حصل بحريته ولا حق له فيما حصل بها، وإن كان الأقل الدية لم يستحق أكثر منها، لأن نقص القيمة حصل بسبب من جهة السيد واعتاقه.

وذكر القاضي أن أحمد نص في رواية حنبل فيمن فقأ عيني عبد ثم أعتق ومات أن على الجاني قيمته للسيد، وهذا يدل على أن الاعتبار بحال الجنابة، وهذا اختيار أبي بكر والقاضي وأبي الخطاب.

قال أبو الخطاب: من قطع يد ذمي ثم أسلم ومات ضمنه بدية ذمي، ولو قطع يد عبد فاعتقه سيده ومات، فعلى الجاني قيمته للسيد، لأن حكم القصاص معتبر بحال الجنابة دون حال السراية، فكذلك الدية، والاول أصح إن شاء الله، لأن سراية الجرح مضمونة، فإذا أتلفت حرأ مسلماً وجب ضمانه بدية كاملة، كما لو قتله بجرح ثان. وقول أحمد فيمن فقأ عيني عبد: عليه قيمته للسيد، لا خلاف فيه، وإنما الخلاف في وجوب الزائد على القيمة من دية الحر للورثة، ولم يذكره أحمد ولأن الواجب مقدر بما تفضى إليه السراية دون ما تنافه الجنابة، بدليل أن من قطعت يده ورجلاه فسرى القطع إلى نفسه لم يلزم الجاني أكثر من دية، ولو قطع أصبعاً فسرى إلى نفسه لوجب الدية كاملة، فكذلك إذا سرت إلى نفس حر مسلم تجب دية كاملة: فإما إن جرح مرتداً أو حريباً، فسرى الجرح إلى نفسه فلا قصاص فيه ولا دية، سواء أسلم قبل السراية أو لم يسلم، لأن الجرح غير مضمون فلم يضمن سرايته بخلاف التي قبلها.

(فصل) ولو قطع يد مسلم فارتد، ثم مات بسراية الجرح لم يجب في النفس قصاص ولا دية ولا كفارة لأنها نفس مرتد غير معصوم ولا مضمون، وكذلك لو قطع يد ذمي فصار حريياً ثم مات من جراحه.

وأما اليد فالصحيح أنه لا قصاص فيها، وذكر القاضي وجهاً في وجوب القصاص فيها، لأن القطع استقر حكمه بانقطاع حكم سرايته؛ فأشبه ما لو قطع طرفه ثم قتله أو جاء آخر فقتله، وللشافعي في وجوب القصاص قولان.

ولنا أنه قطع هو قتل لم يجب به القتل، فلم يجب القطع، كما لو قطع من غير مفصل، وفارق ما قاسوا عليه فإن القطع لم يصير قتلاً؛ وهل تجب دية الطرف؟ فيه وجهان. أحدهما لا ضمان فيه، لأنه تبين أنه قتل لغير معصوم، والثاني تجب لأن سقوط حكم سراية الجرح لا يسقط ضمانه، كما لو قطع طرف رجل ثم قتله آخر، فعلى هذا هل يجب ضمانه بدية المقطوع أو بأقل الأمرين من دية أو دية النفس؟ فيه وجهان: أحدهما تجب دية المقطوع، فلو قطع يديه ورجليه ثم ارتد ومات ففيه ديتان، لأن الردة قطعت حكم السراية، فأشبه انقطاع حكمها باندمالها أو بقتل آخر له. والثاني يجب أقل الأمرين، لأنه لو لم يرتد لم يجب أكثر من دية النفس فع الردة أولى، ولأنه قطع صار قتلاً فلم يجب أكثر من دية كما لو لم يرتد، وفارق أصل الوجه الأول فإنه لم يصير قتلاً، ولأن الاندمال والقتل منع وجود السراية، والردة منعت ضمانها ولم تمنع جعلها قتلاً، وللشافعي من التفصيل نحو ما قلنا.

(فصل)

وان قطع مسلم يد نصراني فتمجس، وقتلنا لا يقر، فهو كما لو جنى على مسلم فارتد، وان قلنا يقر عليه، وجبت دية مجوسي، وان قطع يد مجوسي فتنصر، ثم مات. وقتلنا يقر، وجبت دية نصراني، ويحىء على قول أبي بكر والقاضي أن تجب دية نصراني في الأولى، ودية مجوسي في الثانية، كقولهم فيمن جنى على عبد ذمي فأسلم وعتق ثم مات من الجناية ضمنه بقيمة عبد ذمي اعتباراً بحال الجناية.

(فصل) وإن قطع يد مسلم فارتد ، ثم أسلم ومات . وجب القصاص على قاتله نص عليه أحد رحمه الله في رواية محمد بن الحكم .

وقال القاضي : يتوجه عندي أنه إن كان زمن الردة تسرى في مثله الجناية لم يجب القصاص في النفس ، وهل يجب في الطرف الذي قطع في إسلامه ؟ على وجهين وهذا مذهب الشافعي ، لأن القصاص يجب بالجناية والسراية كلها ، فإذا لم يوجد جميعها في الإسلام لم يجب القصاص ، كما لو جرحه جرحين ، أحدهما في الإسلام والآخر في الردة فمات منها .

ولنا أنه مسلم حال الجناية والموت فوجب القصاص بقتله كما لو لم يرتد ، واحتمال السراية حال الردة لا يمنع لأنها غير معلومة فلا يجوز ترك السبب المعلوم باحتمال المانع كما لو لم يرتد فإنه يحتمل أن يموت بمرض أو بسبب آخر أو بالجرح مع شيء آخر يؤثر في الموت

فأما الدية فتجب كاملة ، ويحتمل وجوب نصفها لأنه مات من جرح مضمون وسراية غير مضمونة فوجب نصف الدية كما لو جرحه إنسان وجرح نفسه فمات منهما ، فأما إن كان زمن الردة لا تسرى في مثله الجناية ففيه الدية أو القصاص وقال الشافعي في أحد قولي : لا قصاص فيه لأنه انتهى إلى حال لو مات لم يجب القصاص

ولنا أنهما متكافئان حال الجناية والسراية والموت ، فأشبه ما لو لم يرتد وإن كان الجرح خطأ وجبت الكفارة بكل حال لأنه فوت نفساً معصومة .

(فصل) وإن جرحه وهو مسلم فارتد ثم جرحه جرحاً آخر ثم أسلم ومات منهما فلا قصاص فيه لأنه مات من جرحين مضمون ، وغير مضمون ، ويجب فيه نصف الدية لذلك ، وسواء تساوى الجرحان أو زاد أحدهما ، مثل أن قطع يديه وهو مسلم فارتد فقطع رجله أو كان بالعكس لأن الجرح في الحالين كجرح رجلين وهل يجب القصاص في الطرف الذي قطعه في حال إسلامه ؟ يحتمل وجهين بناء على من قطع طرفه وهو مسلم فارتد ومات في رده ، ولو قطع طرفه في رده أولاً فأسلم ثم قطع طرفه الآخر ومات منهما فالحكم فيه كالتى قبلها

(فصل) ويقتل الذمي بالمسلم لأن النبي صلى الله عليه وسلم قتل اليهودي الذي

رض رأس جارية من الأنصار على أوضاع لها ، ولأنه اذا قتل بمثله فبمن فوقه أولى ، ويقتل الذمي بالذمي سواء اتفقت أديانهم أو اختلفت ، فلو قتل النصراني مجوسيا أو يهوديا قتل به ، نص عليه أحمد في النصراني يقتل بالمجوسى اذا قتله ، قيل فكيف يقتل به وديتهما مختلفة ؟ فقال : أذهب الى أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل رجلا بامرأة ، يعنى انه قتله بها مع اختلاف ديتهما ، ولأنها تكافأ في العصمة بالذمة ونقيصة الكفر لجرى القصاص بينهما ، كما لو تساوى دينها ، وهذا مذهب الشافعى .

(فصل) ولا يقتل ذمى بحربى ، لانعلم فيه خلافا لانه مباح الدم على الاطلاق أشبه الخنزير ولا دية فيه لذلك ولا كفارة ولا يجب بقتل المرتد قصاص ولا دية ولا كفارة لذلك سواء قتله مسلم أو ذمى ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى ، وقال بعض أصحاب الشافعى . يجب القصاص على الذمى بقتله والدية اذا عفا عنه لانه لا ولاية له فى قتله ، وقال بعضهم : يجب القصاص دون الدية لانه لا قيمة له ولنا أنه مباح الدم أشبه الحربى ، ولان من لا يضمه المسلم لا يضمه الذمى كالحربى .

(فصل : وليس على قاتل الزانى المحصن قصاص ولا دية ولا كفارة ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى ، وحكى بعضهم وجها أن على قاتله القود لان قتله الى الامام فيجب القود على من قتله سواء كمن عليه القصاص اذا قتله غير مستحقة . ولنا أنه مباح الدم وقتله متحتم فلم يضمن كالحربى ، ويبطل ما قاله بالمرتد وفارق القاتل فإن قتله غير متحتم وهو مستحق على طريق المعاوضة فاخص بمستحقة ، وههنا يجب قتله لله تعالى ، فأشبه المرتد ، وكذلك الحكم فى المحارب الذى تحتم قتله

(فصل) ويقتل المرتد بالمسلم والذمى ويقدم القصاص على القتل بالردة لانه حق آدمى ، وان عفا عنه ولى القصاص فله دية المقتول . فإن أسلم المرتد فهو فى ذمته ، وان قتل بالردة أو مات تعلقت بماله وان قطع طرفا من أحدهما فعليه القصاص فيه أيضا ، وقال بعض أصحاب الشافعى لا يقتل المرتد بالذمى ولا يقطع طرفه بطرفه لان أحكام الاسلام فى حقه باقية ، بدليل وجوب العبادات عليه ومطالبته بالا سلام

ولنا أنه كافر فيقتل بالذمي كالأصلي ، وقولهم ان أحكام الاسلام باقية غير صحيح ، فإنه قد زالت عصمته وحرمة وحل نكاح المسلمات وشراء العبيد المسلمين وصحة العبادات وغيرها ، وأما مطالبته بالاسلام فهو حجة عليهم ، فإنه يدل على تغليظ كفره وأنه لا يقر على رده لسوء حاله ، فإذا قتل بالذمي مثله فمن هو دونه أولى .

(فصل) وان جرح مسلم ذميا ثم ارتد ومات المجروح لم يقتل به ، لان التكافؤ مشروط حال وجود الجناية ولم يوجد ، وان قتل من يعرفه ذميا أو عبدا وكان قد أسلم وعتق وجب القصاص لانه قتل من يكافئه عمدا عدوانا فلزمه القصاص ، كما لو علم حاله ، وفارق من علمه حريبا لانه لم يعتمد الى قتل معصوم .

« مسألة ، قال (ولا حر بعبد)

روى هذا عن أبي بكر وعمر وعلي وزيد وابن الزبير رضي الله عنهم ، وبه قال الحسن وعطاء وعمر بن عبد العزيز وعكرمة وعمر بن دينار ومالك والشافعي واسحاق وأبو ثور ، ويروى عن سعيد بن المسيب والنخعي وقتادة والثوري وأصحاب الرأي أنه يقتل به لعموم الآيات والاخبار ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « المؤمنون تتكافأ دماؤهم » ، ولانه آدمي معصوم فأشبهه الحر .

ولنا ما روى الامام أحمد بإسناده عن علي رضي الله عنه أنه قال : من السنة أن لا يقتل حر بعبد ، وعن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يقتل حر بعبد » ، رواه الدارقطني ، ولانه لا يقطع طرفه بطرفه مع التساوي في السلامة فلا يقتل به كالأب مع ابنه ولان العبد منقوص بالرق فلم يقتل به الحر كالمكاتب اذا ملك ما يؤدى والعمومات مخصوصات بهذا فتقيس عليه :

(فصل) ولا يقتل السيد بعبد في قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن النخعي وداود أنه يقتل به لما روى قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من قتل عبده قتلناه ومن جده جده » ، رواه سعيد والامام أحمد والترمذي وقال حديث حسن غريب مع العمومات والمعنى في التي قبلها .

ولنا ما ذكرناه في التي قبلها ، وعن عمر رضى الله عنه أنه قال لو لم أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يقاد المملوك من مولاه والولد من والده لأقذته منك ، رواه النسائي .

وعن علي رضى الله عنه : أن رجلا قتل عبده فجلده النبي صلى الله عليه وسلم مائة جلدة ونفاه عاما وحكى اسمه من المسلمين ، رواه سعيد والحلال .
وقال أحمد ليس بشيء من قبل إسحاق بن أبي فروة ، ورواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن أبي بكر وعمر أنهما قالا : من قتل عبده جلد مائة وحرم سهمه مع المسلمين .

فأما حديث سمرة فلم يثبت ، قال أحمد : الحسن لم يسمع من سمرة إنما هي صحيفة وقال عنه أحمد : إنما سمع الحسن من سمرة ثلاثة أحاديث ليس هذا منها ولأن الحسن أفتى بخلافه فإنه يقول لا يقتل الحر بالعبد ، وقال إذا قتل السيد عبده يضرب ومخالفته له تدل على ضعفه

(فصل) ولا يقطع طرف الحر بطرف العبد بغير خلاف علمناه بينهم ويقتل العبد بالحر ويقتل بسيدته لأنه إذا قتل بمثله فبمن هو أكمل منه أولى مع عموم النصوص الواردة في ذلك ، ومتى وجب القصاص على العبد فعلى ولي الجناية إلى المال فله ذلك ويتعلق أرشها برقبته لأنه موجب جنايته فتعلق برقبته كالقصاص ثم إن شاء سيده أن يسلمه إلى ولي الجناية لم يلزمه أكثر من ذلك لأنه سلم إليه ما تعلق حقه به .

وإن قال ولي الجناية بعه وادفع إلى ثمنه لم يلزمه ذلك ، لأنه لم يتعلق بذمته شيء وإنما تعلق بالرقبة التي سلمها فبرئ منها ، وفيه وجه آخر أنه يلزمه ذلك كما يلزمه بيع الرهن ، وإن امتنع من تسليمه واختار فداءه فهل تلزمه قيمته أو أرش الجناية جميعا ؟ على روايتين ذكرناهما في غير هذا الموضع ، وإن عني عن القصاص ليملك رقبة العبد ففيه روايتان .

إحداها : يملكه بذلك لأنه يملك إتلافه فكان ملكا له كسائر أمواله .
والثانية : لا يملكه لأنه محل تعلق به القصاص فلا يملكه بالعفو كالحر فعلى

هذه الرواية تتعلق أرش الجناية برقبته كما لو عفا على مال لأن العوض الذي عفى لأجله لم يصح له فكان له عوضه كالعقود الفاسدة .

(فصل) ويجرى القصاص بين العبيد في النفس في قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن عمر بن عبد العزيز وسالم والنخعي والشعبي والزهرى وقتادة والثوري ومالك والشافعي وأبي حنيفة

وروى عن أحمد رواية أخرى : أن من شرط القصاص تساوى قيمتهم ، وإن اختلفت قيمتهم لم يجر بينهم قصاص وينبغي أن يختص هذا بما إذا كانت قيمة القاتل أكثر فإن كانت أقل فلا وهذا قول عطاء ، وقال ابن عباس : ليس بين العبيد قصاص في نفس ولا جرح لأنهم أموال .

ولنا أن الله تعالى قال (يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد) وهذا نص من الكتاب فلا يجوز خلافه لأن تفاوت القيمة كتفاوت الدية والفضائل فلا يمنع القصاص كالعالم والشرف والذكورية والأنوثة

(فصل)

ويجرى القصاص بينهم فيما دون النفس ، وبه قال عمر بن عبد العزيز وسالم والزهرى وقتادة ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر .

وعن أحمد رواية أخرى لا يجرى القصاص بينهم فيما دون النفس وهو قول الشعبي والنخعي والثوري وأبي حنيفة لأن الأطراف مال فلا يجرى القصاص فيها كالبهائم ولأن التساوى في الأطراف معتبر في جريان القصاص بدليل أنا لا نأخذ الصحيحه بالشلاء ولا كاملة الأصابع بالناقصة وأطراف العبيد لا تتساوى . ولنا قول الله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين) الآية ولأنه أحد نوعي القصاص لجرى بين العبيد كالقصاص في النفس (فصل) وإذا وجب القصاص في طرف العبد وجب للعبد وله استيفاءه والعفو عنه .

(فصل) ولو قتل عبد عبداً ثم عتق القاتل قتل به ، وكذلك لو جرح عبد عبداً ثم عتق الجراح ومات المجروح قتل به لأن القصاص وجب فلم يسقط بالعتق بعده ولأن التكافؤ موجود حال وجود الجناية وهي السبب فاكتمى به ، ولو جرح

حر ذى عبداً ثم لحق بدار الحرب فأسر واسترق لم يقتل بالعبد لأنه حين وجوب القصاص حر .

(فصل) وإذا قتل عبد عبداً عمداً فسيد المقتول مخير بين القصاص والعفو فإن عفى إلى مال تعلق المال برقبة القاتل ، لأنه وجب بحنائه وسيد مخير بين فدائه وتسليمه فإن اختار فداه فداه بأقل الأمرين من قيمته أو قيمة المقتول لأنه إن كان الأقل قيمته لم يلزمه أكثر منها لأنها بدل عنه ، وإن كان الأقل قيمة المقتول فليس لسيد أكثر منها لأنها بدل عنه .

وعنه رواية أخرى أن سيده إن اختار فداه لزمه أرش الجناية بالغاً ما بلغ لأنه إذا سلمه للبيع ربما زاد فيه مزايده أكثر من قيمته فإن قتل عشرة أعبد عبداً لرجل عمداً فعليه القصاص ، فإن اختار السيد قتلهم فله قتلهم ، وإن عفى إلى مال تعلق قيمة عبده برقابهم على كل واحد منهم عشرها يباع منه بقدرها ويفديه سيده ، فإن اختار قتل بعضهم والعفو عن البعض كان ذلك له لأن له قتل جميعهم والعفو عن جميعهم .

وإن قتل عبد عبيدين لرجل واحد فله قتله والعفو عنه ، فإن قتله سقط حقه ، وإن عفا إلى مال تعلق قيمة العبيدين برقبته فإن كانا لرجلين فكذلك إلا أن القاتل يقتل بالأول منهما لأن حقه أسبق فإن عفى عنه الأول قتل بالثاني . وإن قتلها دفعة واحدة أقرع بين السجين فأيهما خرجت له الفرعة اقتص وسقط حق الآخر وإن عفا عن القصاص أو عفا سيد القتل الأول عن القصاص إلى مال تعلق برقبة العبد ، وللثاني أن يقتص لأن تعلق المال بالرقبة لا يسقط حق القصاص كما لو جنى العبد المرهون ، وإن قتله الآخر سقط حق الأول من القيمة لأنه لم يبق محل يتعلق به ، وإن عفا الثاني تعلق قيمة القتل الثاني برقبته أيضاً ويباع فيهما ويقسم ثمنه على قدر القيمتين ولم تقدم الأول بالقيمة كما قدمناه بالقصاص لأن القصاص لا يتبعض بينهما والقيمة يمكن تبعيضها .

فإن قيل : فحق الأول أسبق ، قلنا : لا يراعى السبق كما لو أنلف أموال الجماعة واحداً بعد واحد ، فاما إن قتل العبد عبداً بين شريكين كان لهما القصاص والعفو فإن عفا أحدهما سقط القصاص وينتقل حقهما إلى القيمة لأن القصاص لا يتبعض

وان قتل عبيدين لرجل واحد فله أن يقتصر منه لأحدهما أيهما كان ويسقط حقه من الآخر وله أن يعفو عنه إلى مال وتعلق قيمتهما جميعاً برقبته .

(فصل) ويقتل العبد القن بالمكاتب والمكاتب به ويقتل كل واحد منهما بالمدير وأم الولد ويقتل المدير وأم الولد بكل واحد منهما لأن الكل عبيد فيدخلون في عموم قوله تعالى (والعبد بالعبد) فقد دل على كون المكاتب عبداً قول النبي صلى الله عليه وسلم « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، وسواء كان المكاتب قد أدى من كتابته شيئاً أو لم يؤد وسواء ملك ما يؤدى أو لم يملك إلا إذا قلنا إنه إذا ملك ما يؤدى فقد صار حراً فإنه لا يقتل بالعبد لأنه حر فلا يقتل بالعبد ، وإن أدى ثلاثة أرباع مال الكتابة لم يقتل به أيضاً لأنه يصير حراً ومن لم يحكم بحريته إلا بأداء جميع الكتابة جاز قتله به .

وقال أبو حنيفة : إذا قتل العبد مكاتباً له وقاه ووارث سوى مولاه لم يقتل به لأنه حين الجرح كان المستحق المولى وحين الموت الوارث ولا يجب القصاص إلا لمن يثبت حقه في الطرفين .

وأما قوله تعالى (النفس بالنفس) وقوله تعالى (العبد بالعبد) ولأنه لو كان قذاً لوجب بقتله القصاص فإذا كان مكاتباً كان أولى كما لو لم يخلف وارثاً ، وما ذكره شيء بنوه على أصولهم ولا نسليه .

« مسألة ، قال (وإذا قتل الكافر العبد عمداً فعليه قيمته ويقتل انتقضه للعهد)

يعنى الكافر الحر لا يقتل بالعبد المسلم لأن الحر لا يقتل بالعبد لفقدان التكافؤ بينهما ولأنه لا يحسد بقذفه فلا يقتل بقتله كالأب مع ابنته وعليه قيمته ويقتل انتقضه العهد ، فإن قتل المسلم ينتقض به العهد بدليل ما روى أن ذمياً كان يسوق حميراً بامرأة مسلمة فذخسه بها فرماها ثم أراد إكراهها على الزنا فرفع إلى عمر (رض) فقال ما على هذا من الحنأهم فقتله وصلبه .

وروى في شروط عمر أنه كتب إلى عبد الرحمن بن غنم أن الحق بالشروط من ضرب مسلماً عمداً فقد خام عهده ، ولأنه فعل يناقى الأمان وفيه ضرر على المسلمين فكان نقضاً للعهد كالاجتماع على قتال المسلمين والامتناع من أداء الجزية

وفيه رواية أخرى أنه لا ينتقض عهده بذلك فعلى هذا عليه قيمته ويؤدب بما يراه . ولى الامر .

(فصل) وان قتل عبد مسلم حرا كافرا لم يقتل به لانا لا تقتل المسلم بالكافر وان قتل من نصفه حر عبدا لم يقتل به لانا لا تقتل نصف الحر بعبد ، وان قتله حر لم يقتل به لان النصف الرقيق لا يقتل به الحر ، وان قتل من نصفه حر من نصفه حر قتل به لان القصاص يقع بين المجلتين من غير تفصيل وهما مستويان .

(فصل)

ويجوز القصاص بين الولاة والعمال وبين رعيتهم لعموم الآيات والاخبار ولان المؤمنين تتكافأ دماؤهم ولا نعلم في هذا خلافا ، وثبت عن أبي بكر (رض) أنه قال لرجل شكى اليه عاملا أنه قطع يده ظلما اثن كنت صادقا لا قيدتك منه ، وثبت أن عمر رضي الله عنه كان يقيد من نفسه .

وروى أبو داود قال خطب عمر فقال : إني لم أبعث عمالي ليضربوا أبشاركم ولا ليأخذوا أموالكم فمن فعل به ذلك فليرفعه الى أقصه منه ، فقال عمرو بن العاص لو أن رجلا أدب بعض رعيته تقصه منه ؟ قال أي والذي نفسي بيده أقصه منه ، وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أقص من نفسه ولان المؤمنين تتكافؤ دماؤهم وهذان حران مسلمان ليس بينهما إيلاد فيجوز القصاص بينهما كسائر الرعية

(فصل) وإذا قتل القاتل غير ولى الدم فعلى قاتله القصاص ولورثة الاول الدية في تركة الجاني الاول وبهذا قال الشافعي ، وقال الحسن ومالك يقتل قاتله ويبطل دم الاول لانه مات محله فأشبهه ما لو قتل العبد الجاني ، وروى عن قتادة وأبي هاشم لا قود على الثاني لانه قتل مباح الدم فلم يجب بقتله قصاص كالزاني المحصن . ولنا على وجوب القصاص على قاتله أنه محل لم يتحتم قتله ولم يباح لغير ولى الدم قتله فوجب القصاص بقتله كما لو كان عليه دين .

ولنا على وجوب الدية في تركة الجاني الاول أن القصاص إذا تعذر وجبت الدية كما لو مات أو عفا بعض الشركاء أو حدث مانع ، وفارق العبد الجاني فإنه ليس له مال ينتقل اليه ، فإن عفا أولياء الثاني على الدية أخذوها ودفعوها الى ورثة الاول

فإن كانت عليه ديون ضم ما قبضوا من الدية إلى سائر تركته ثم ضرب أولياء المقتول الأول مع سائر أهل الديون في تركته وديته ، وإن أحال ورثة المقتول الثاني ورثة المقتول الأول بالدية على القاتل الثاني صحت الحوالة ، ويتخرج أن تجب دية الفتيل الأول على قاتله ابتداء لأنه أتلّف محل حق ورثته فكان غرامته عليه كما لو قتل العبد الجاني ، وإن مات القاتل عمداً وجبت الدية في تركته ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك : يسقط حق ولي الجناية وتوجيه المذهبين على ما تقدم .

« مسألة ، قال (والطفل والزائل العقل لا يقتلان بأحد) »

لا خلاف بين أهل العلم أنه لا قصاص على صبي ولا مجنون ، وكذلك كل زائل العقل بسبب يعذر فيه مثل النائم والمغمى عليه ونحوهما ، والأصل في هذا قول النبي (ص) « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق » ، ولأن القصاص عقوبة مغلظة فلم تجب على الصبي وزائل العقل كالحودود : ولأنهم ليس لهم قصد صحيح فهم كالقاتل خطأ .

(فصل) فإن اختلف الجاني وولي الجناية ، فقال الجاني كنت صبياً حال الجناية وقال ولي الجناية كنت بالغاً فالقول قول الجاني مع يمينه إذا احتمل الصدق ، لأن الأصل الصغر وبرائة ذمته من القصاص ، وإن قال قتلته وأنا مجنون وأنكر الولي جنونه ، فإن عرف له حال جنون فالقول قوله أيضاً لذلك ، فإن لم يعرف له حال جنون فالقول قول الولي ، لأن الأصل السلامة ، وكذلك إن عرف له جنون ثم علم زواله قبل القتل ، وإن ثبت لأحدهما بينة بما ادعاه حكم له ، وإن أقاما بينتين تعارضتا فإن شهدت البينة أنه كان زائلاً العقل ، فقال الولي كنت سكران وقال القاتل كنت مجنوناً فالقول قول القاتل مع يمينه لأنه أعرف بنفسه ، ولأن الأصل برائة ذمته واجتناب المسلم فعل ما يحرم عليه .

(فصل) فإن قتلته وهو عاقل ثم جن لم يسقط عنه القصاص ، سواء ثبت ذلك عليه بينة أو اقرار لأن رجوعه غير مقبول ويقتص منه في حال جنونه ، ولو ثبت عليه الحد بإقراره ثم جن لم يقيم عليه حال جنونه لأن رجوعه يقبل فيحتمل أنه لو كان صحيحاً رجع .

(فصل) ويجب القصاص على السكران اذا قتل حال سكره ، ذكره القاضي وذكر أبو الخطاب أن وجوب القصاص عليه مبنى على وقوع طلاقه وفيه روايتان فيكون في وجوب القصاص عليه وجهان . أحدهما لا يجب عليه لانه زائل العقل أشبه المجنون ، ولانه غير مكلف أشبه الصبي والمجنون

ولنا أن الصحابة رضی الله عنهم أقاموا سكره مقام قذفه فأوجبوا عليه حد القاذف فلولا أن قذفه موجب للحد عليه لما وجب الحد بمظنته ؛ واذا وجب الحد فالقصاص المتمحض حق آدمي أولى ولانه حكم لو لم يجب القصاص والحد لأفضى الى أن من أراد أن يعصى الله تعالى شرب ما يسكره ثم يقتل ويذني ويسرق ولا يلزمه عقوبة ولا مائمه ويصير عصيانه سببا لسقوط عقوبة الدنيا والآخرة عنه ولا وجه لهذا ، وفارق هذا الطلاق ، ولانه قول يمكن الغاؤه بخلاف القتل . فاما ان شرب أو أكل ما يزيل عقله غير الخمر على وجه محرم ، فان زال عقله بالكلية بحيث صار مجنونا فلا قصاص عليه ، وان كان يزول قريبا ويعود من غير تداو فهو كالسكر على ما فصل فيه .

« مسألة ، قال (ولا يقتل والد بولده وان سفل)

وجملته أن الأب لا يقتل بولده والجد لا يقتل بولد ولده وان نزلت درجته وسواء في ذلك ولد البنين أو ولد البنات . وعن نقل عنه أن الوالد لا يقتل بولده عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وبه قال ربيعة والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي .

وقال ابن نافع وابن عبد الحكم وابن المنذر : يقتل به لظاهر آي الكتاب والاخبار الموجبة للقصاص ، ولانهما حران مسلمان من أهل القصاص فوجب أن يقتل كل واحد منهما بصاحبه كالاجنيين . وقال ابن المنذر . قد روي في هذا أخباراً ، وقال مالك : ان قتله حذفا بالسيف ونحوه لم يقتل به ؛ وان ذبحه أو قتله قتلا لا يشك في أنه عمد الى قتله دون تأديبه أقيد به .

ولنا ما روى عمر بن الخطاب وابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يقتل والد بولده » أخرج النسائي حديث عمر ، ورواهما ابن ماجه وذكرهما ابن عبد البر وقال : هو حديث مشهور عند أهل العلم بالحجاز والعراق

مستفيض عندهم يستغنى بشهرته وقبوله والعمل به عن الإسناد فيه حتى يكون الإسناد في مثله مع شهرته تكلفاً ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أنت ومالك لأبيك ، وقضية هذه الاضافة تملكه إياه فإذا لم تثبت حقيقة الملكية بقيت الاضافة شبهة في درء القصاص لأنه يدرأ بالشبهات ولأنه سبب إيجاده فلا ينبغي أن يتسلط بسببه على إعدامه وما ذكرناه يخص العمومات ويفارق الأب سائر الناس فإنهم لو قتلوا بالحذف بالسيف وجب عليهم القصاص والأب بخلافه .

(فصل)

والجد وإن علا كالأب في هذا ، وسواء كان من قبل الأب أو من قبل الأم في قول أكثر مسقطي القصاص عن الأب ، وقال الحسن بن حو يقتل به . ولنا أنه والد فيدخل في عموم النص ، ولأن ذلك حكم يتعلق بالولادة فاستوى فيه القريب والبعيد كالمحرمة والعق إذا ملكه ، والجد من قبل الأب كالجد من قبل الأم ، لأن ابن البنت يسمى ابناً ، قال النبي صلى الله عليه وسلم في الحسن : إن ابني هذا سيد ،

« مسألة ، قال (والام في ذلك كالأب)

هذا الصحيح من المذهب وعليه العمل عند مسقطي القصاص عن الأب . وروى عن أحمد رحمه الله ما يدل على أنه لا يسقط عن الأم ، فإن منها نقل عنه في أم ولد قتلت سيدها عمداً تقتل ، قال من يقتلها ؟ قال ولدها . وهذا يدل على إيجاب القصاص على الأم بقتل ولدها ، وخرجها أبو بكر على روايتين : أحدهما . أن الأم تقتل بولدها لأنه لا ولاية لها عليه فتقتل به كالاخ ؛ والصحيح الاول لقول النبي صلى الله عليه وسلم : لا يقتل والد بولده ، ولا أنها أحد الوالدين فأشبهت الأب ، ولأنها أولى بالبر فكانت أولى بنى القصاص عنها ، والولاية غير معتبرة بدليل انتفاء القصاص عن الأب بقتل الكبير الذي لا ولاية عليه وعن الجد ولا ولاية له وعن الأب المخالف في الدين أو الرقيق ، والجددة وإن علت في ذلك كالأم : وسواء في ذلك من قبل الأب أو من قبل الأم لما ذكرنا في الجد .

(فصل) وسواء كان الوالد مساوياً للولد في الدين والحرية أو مخالفاً له في ذلك لأن انتفاء القصاص لشرف الأبوة وهو موجود في كل حال ، فلو قتل الكافر ولده المسلم ، أو قتل المسلم أباه الكافر ، أو قتل العبد ولده الحر ، أو قتل الحر والده العبد لم يجب القصاص لشرف الأبوة فيما إذا قتل ولده ، وانتفاء المكافأة فيما إذا قتل والده .

(فصل) وإذا ادعى نفران نسب صغير مجهول النسب ثم قتلاه قبل إلحاقه بواحد منهما فلا قصاص عليهما لأنه يجوز أن يكون ابن كل واحد منهما أو ابنتهما وإن ألحقته القافة بأحدهما ثم قتلاه لم يقتل أبوه وقتل الآخر لأنه شريك الأب في قتل ابنه ، وإن رجعا جميعاً عن الدعوى لم يقبل رجوعهما ، لأن النسب حق للولد فلم يقبل رجوعهما عن إقرارهما به ، كما لو أقر له بحق سواه ، أو كما لو ادعاه واحد فالجق به ثم جمده ، وإن رجع أحدهما صح رجوعه وثبت نسبه من الآخر لأن رجوعه لم يبطل نسبه ويسقط القصاص عن الذي لم يرجع ، ويجب على الراجع لأنه شارك الأب ، وإن عني عنه فعليه نصف الدية ، ولو اشترك رجلان في وطء امرأة في طهر واحد وأنت بولد يمكن أن يكون منهما فقتلاه قبل إلحاقه بأحدهما لم يجب القصاص ، وإن نفيا نسبه لم ينتف بقولها وإن نفاه أحدهما لم ينتف بقوله لأنه لحقه بالفراش فلا ينتفي إلا باللعان ، وفارق التي قبلها من وجهين أحدهما إذا رجع عن دعواه لحق الآخر ، وههنا لا يلحق بذلك .

والثاني أن ثبوت نسبه تم بالاعتراف فيسقط بالجحد ، وههنا يثبت بالاشتراك في الوطء فلا ينتفي بالجحد ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما قلنا سواء .

(فصل) ولو قتل أحد الأبوين صاحبه ولها ولد لم يجب القصاص لأنه لو وجب لوجب لولده ولا يجب للولد قصاص على والده لأنه إذا لم يجب بالجناية عليه فلأن لا يجب له بالجناية على غيره أولى ، وسواء كان الولد ذكراً أو أنثى أو كان للمقتول ولد سواء أو من يشاركه في الميراث أو لم يكن لأنه لو ثبت القصاص لوجب له جزء منه ولا يمكن وجوبه ، وإذا لم يثبت بعضه سقط كله لأنه لا يتبعض وصار كما لو عفا بعض مستحق القصاص عن نصيبه منه ، فإن لم يكن للمقتول ولد منها وجب القصاص في قول أكثر أهل العلم ، منهم عمر بن عبد العزيز والنخعي

والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وقال الزهري : لا يقتل الزوج بامرأته لانه ملكها بعقد النكاح فاشبه الامة .

ولنا عمومات النص ، ولانهمما شخصان متكافئان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبة فيقتل به كالأجنبيين ، وقوله انه ملكها غير صحيح ، فإنها حرة ، وانما ملك منفعة الاستمتاع فاشبه المستأجرة ، ولهذا تجب ديتها عليه ويرثها ورثتها ولا يرث منها الا قدر ميراثه ، ولو قتلها غيره كانت ديتها أو القصاص لورثتها بخلاف الامة

(فصل)

ولو قتل رجل أخاه فورثه ابنه أو أحد يرث ابنه منه شيئا من ميراثه لم يجب القصاص لما ذكرنا ، ولو قتل خال ابنه فورثت أم ابنه القصاص أو جزءاً منه ثم ماتت بقتل الزوج أو غيره فورثها ابنه سقط القصاص ، لان ما منع مقارنا أسقط طارئاً وتجب الدية ، ولو قتلت المرأة أخاً زوجها فصار القصاص أو جزء منه لابنها سقط القصاص ، سواء صار اليه ابتداء أو انتقل اليه من أبيه أو من غيره لما ذكرنا .

(فصل) واذا قتل أحد أبوي المكاتب المكاتب أو عبداً له لم يجب القصاص لان الوالد لا يقتل بولده ولا يثبت للولد على والده قصاص ، وان اشترى المكاتب أحد أبويه ثم قتله لم يجب عليه قصاص لان السيد لا يقتل بعبده .

(فصل) ابنا قتل أحدهما أباه والآخر أمه ، فإن كانت الزوجية بينهما موجودة حال قتل الاول فالقصاص على قاتل الثاني دون الاول لان القاتل الثاني ورث جزءاً من دم الاول فلما قتل ورثه قاتل الاول فصار له جزء من دم نفسه فسقط القصاص عنه ووجب له القصاص على أخيه فإن قتله ورثه ان لم يكن له وارث سواء لانه قتله بحق ، وان عفا عنه الى الدية وجبت وتقاصا بما بينهما وما فضل لأحدهما فهو له على أخيه ، وان لم تكن الزوجية بين الابوين قائمة فعلى كل واحد منهما القصاص لأخيه لانه ورث الذي قتله أخوه وحده دون قاتله ، فإن بادر أحدهما فقتل صاحبه فقد استوفى حقه وسقط القصاص عنه لانه يرث أخاه لكونه قتلًا بحق فلا يمنع الميراث الا أن يكون للمقتول ابن أو ابن ابن يحجب القاتل فيكون له قتل عمه ويرثه إن لم يكن له وارث سواء .

وان تشاحا في المبتدئ منهما بالقتل احتمل أن يبدأ بقتل القاتل الأول لأنه
 أسبق واحتمل أن يقرع بينهما ، وهذا قول القاضي ومذهب الشافعي لأنهما تساويا
 في الاستحقاق فيصيرا إلى القرعة وأيهما قتل صاحبه أولا إما بإدله أو قرعة ورثه
 في قياس المذهب إن لم يكن له وارث سواء وسقط عنه القصاص ، وان كان محجوبا
 عن ميراثه كله فلوارث القتل قتل الآخر ، وان عفا أحدهما عن الآخر ثم قتل المعفو
 عنه العافي ورثه أيضا وسقط عنه ما وجب عليه من الدية ، وان تعافيا جميعا على
 الدية تقاصا بما استويا فيه ووجب لقاتل الأم الفضل على قاتل الأب لأن عقل
 الأم نصف عقل الأب ويخرج أن يسقط القصاص عنهما لتساويهما في استحقاقه
 لسقوط الديتين إذا تساوتا ولأنه لا سبيل إلى استيفائهما واستيفاء أحدهما دون
 الآخر حيف فلا يجوز فتعين السقوط .

وان كان لكل واحد منهما ابن يحجب عنه عن ميراث أبيه فإذا قتل أحدهما
 صاحبه ورثه ابنه ثم لابنه أن يقتل عنه ويرثه ابنه ويرث كل واحد من الابنين
 مال أبيه ومال جده الذي قتله عنه دون الذي قتله أبوه .

وان كان لكل واحد منهما ابنة فقتل أحدهما صاحبه سقط القصاص عنه لأنه
 ورث نصف مال أخيه ونصف قصاص نفسه فسقط عنه القصاص وورث مال
 أبيه الذي قتله أخوه ونصف مال أخيه ونصف مال أبيه الذي قتله هو وورثت
 البنت التي قتل أبوها نصف مال أبيها ونصف مال جدها الذي قتله عمها ولها على
 عمها نصف دية قتيله .

فصل

أربعة إخوة قتل الأول الثاني والثالث الرابع فاقصاص على الثالث لأنه
 لما قتل الرابع لم يرثه وورثه الأول ، وقد كان للرابع نصف قصاص الأول فرجع
 نصف قصاصه إليه فسقط ووجب للثالث نصف الدية وكان للأول قتل الثالث لأنه
 لم يرث من دم نفسه شيئا فإن قتله ورثه في ظاهر المذهب ويرث ما يرثه عن أخيه
 الثاني ، وان عفا عنه إلى الدية وجبت عليه بكاملها يقاصه بنصفها ، وان كان لها
 ورثة كان فيها من التفصيل مثل الذي في التي قبلها .

« مسأله ، قال (ويقتل الولد بكل واحد منهما)

هذا قول عامة أهل العلم منهم مالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، وحكى أصحابنا عن أحمد رواية ثانية أن الإبن لا يقتل بأبيه لانه ممن لا تقبل شهادته له بحق النسب فلا يقتل به كالأب مع ابنه ، والمذهب أنه يقتل به للإيات والأخبار وموافقة القياس ، ولأن الأب أعظم حرمة وحقا من الاجنبي فإذا قتل بالاجنبي فبالأب أولى ، ولانه يحد بقذفه فيقتل به كالأجنبي ولا يصح قياس الإبن على الأب لأن حرمة الوالد على الوالد آكد والإبن مضاف الى أبيه بلام التملك بخلاف الوالد مع الولد .

وقد ذكر أصحابنا حديثين متعارضين عن سراقه عن النبي صلى الله عليه وسلم أحدهما : أنه قال « لا يقاد الأب من ابنه ولا الإبن من أبيه » ، والثاني : أنه « كان يقيد الأب من ابنه ولا يقيد الإبن من أبيه » ، رواه الترمذي وهذان الحديثان ، أما الحديث الأول لا نعرفه ولم نجده في كتب السنن المشهورة ولا أظن له أصلا وإن كان له أصل فيها متعارضان متدافعان يجب اطراحهما والعمل بالنصوص الواضحة الثابتة والاجماع الذي لا تجوز مخالفته .

« مسأله ، قال (ويقتل الجماعة بالواحد)

وجملته : أن الجماعة إذا قتلوا واحداً فعلى كل واحد منهم القصاص إذا كان كل واحد منهم لو انفرد بفعله وجب عليه القصاص ، روى ذلك عن عمر وعلى والمغيرة بن شعبة وابن عباس ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وأبو سلة وعطاء وقتادة ، وهو مذهب مالك والثوري والآوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي .

وحكى عن أحمد رواية أخرى لا يمتلون به وتجب عليهم الدية ، وهذا قول ابن الزبير والزهرى وابن سيرين وحبيب بن أبي ثابت وعبد الملك وربيعة وداود وابن المنذر وحكاه ابن أبي موسى عن ابن عباس .

وروى عن معاذ بن جبل وابن الزبير وابن سيرين والزهرى : أنه يقتل منهم

واحد ويؤخذ من الباقيين حصصهم من الدية لأن كل واحد منهم مكافئ له فلا تستوفى أبدال بمبدل واحد كما لا تجب ديات لمقتول واحد ، ولأن الله تعالى قال (الحر بالحر) وقال (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) فمقتضاه أنه لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة ولأن التفاوت في الأوصاف يمنع بدليل أن الحر لا يؤخذ بالعبد والتفاوت في العدد أولى . قال ابن المنذر : لا حجة مع من أوجب قتل جماعة بواحد .

ولنا : إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، روى سعيد بن المسيب ، أن عمر بن الخطاب قتل سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً وقال : لو تمألاً عليه أهل صنعاء لقتلهم جميعاً .

وعن علي رضي الله عنه أنه قتل ثلاثة قتلوا رجلاً . وعن ابن عباس أنه قتل جماعة بواحد ولم يعرف لهم في عصرهم مخالف فكان إجماعاً ولأنها عقوبة تجب للواحد على الواحد فوجب للواحد على الجماعة كحد القذف ، ويفارق الدية فإنها تتبع القصاص لا يتبعض ولأن القصاص لو سقط بالاشتراك أدى إلى التسارع إلى القتل به فيؤدي إلى إسقاط حكمة الردع والزجر .

(فصل)

ولا يعتبر في وجوب القصاص على المشتركين التساوي في سببه فلو جرحه رجل جرحاً والآخر مائة ، أو جرحه أحدهما موضحة والآخر آمة أو أحدهما جائفة والآخر غير جائفة فمات كانا سواء في القصاص والدية ، لأن اعتبار التساوي يفضي إلى سقوط القصاص عن المشتركين ، إذ لا يكاد جرحان يتساويان من كل وجه .

ولو احتمل التساوي لم يثبت الحكم لأن الشرط يعتبر العلم بوجوده ولا يكتفى باحتمال الوجود بل الجهل بوجوده كالعلم بعدمه في انتفاء الحكم ، ولأن الجرح الواحد يحتمل أن يموت منه دون المائة كما يحتمل أن يموت من الموضحة دون الآمة ومن غير الجائفة دون الجائفة ، ولأن الجراح إذا صارت نفساً سقط اعتبارها فكان حكم الجماعة كحكم الواحد ، ألا ترى أنه لو قطع أطرافه كلها فمات وجبت دية واحدة كما لو قطع طرفه فمات ؟

فصل

إذا اشترك ثلاثة في قتل رجل فقطع أحدهم يده والآخر رجله وأوضحه الثالث فمات فللولي قتل جميعهم والعفو عنهم إلى الدية فيأخذ من كل واحد ثلثها وله أن يعفو عن واحد فيأخذ منه ثلث الدية ويقتل الآخرين وله أن يعفو عن اثنين فيأخذ منهما ثلث الدية ويقتل الثالث ، فإن برئت جراحة أحدهم ومات من الجرحين الآخرين فله أن يقتص من الذي برى جرحه بمثل جرحه ويقتل الآخرين أو يأخذ منهما دية كاملة أو يقتل أحدهما ويأخذ من الآخر نصف الدية وله أن يعفو عن الذي برى جرحه ويأخذ منه دية جرحه : فإن ادعى الموضح أن جرحه برى قبل موته وكذبه شريكاه نظرت في الولي فإن صدقه ثبت حكم البرء بالنسبة إليه فلا يملك قتله ولا مطالبته بثلث الدية وله أن يقتص منه موضحة أو يأخذ منه أرشها ولم يقبل قوله في حق شريكه لأن الاتصال عدم البرء فيها لكن ان اختار الولي القصاص فلا فائدة لها في إنكار ذلك لأن له أن يقتلها سواء برئت أو لم تبرأ ، وإن اختار الدية لم يلزمهما أكثر من ثلثها ، وإن كذبه الولي حلف وله الاقتصاص منه أو مطالبته بثلث الدية ولم يكن له مطالبة شريكه بأكثر من ثلثها فإن شهد له شريكاه ببرئهما لزمهما الدية كاملة لاقرارهما بجوبها وللولي أخذها منهما إن صدقهما وإن لم يصدقهما وعفا إلى الدية لم يكن له أكثر من ثلثها لأنه لا يدعى أكثر من ذلك ، وتقبل شهادتهما له إن كانا قد تابا وعدلا لاهما لايجران إلى أنفسهما بذلك نفعا فيسقط القصاص عنه ولا يلزمه أكثر من أرش موضحة :

(فصل) إذا قطع رجل يده من الكوع ثم قطعها آخر من المرفق ثم مات نظرت فإن كانت جراحة الأول برئت قبل قطع الثاني فالثاني هو القاتل وحده وعليه القود أو الدية كاملة إن عفا عن قتله وله قطع يد الأول أو نصف الدية : وإن لم تبرأ فهما قاتلان وعليهما القصاص في النفس ، وإن عفا إلى الدية وجبت عليهما ، وبهذا قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة . القاتل هو الثاني وحده ولا قصاص على الأول في النفس لأن قطع الثاني قطع سرية قطعه ومات بعد زوال جانيته فأشبهه ما لو اندمل جرحه .

وقال مالك : ان قطعه الثاني عقيب قطع الاول قتلا جميعا ، وان عاش بعد قطع الاول حتى أكل وشرب ومات عقيب قطع الثاني فالثاني هو القاتل وحده ، وان عاش بعدها حتى أكل وشرب فلأولياء أن يقسموا على أيهما شاموا ويقتلوه . ولنا أنهما قطعان لو مات بعد كل واحد منهما وحده لوجب عليه القصاص . فاذا مات بعدهما وجب عليهما القصاص ، كما لو كان في يدين ، ولان القطع الثاني لا يمنع جنايته بعده فلا يسقط حكم ما قبله ، كما لو كان في يدين ، ولا نسلم زوال جنايته ولا قطع سرايته ، فان الالم الحاصل بالقطع الاول لم يزل ، وانما انضم اليه الالم الثاني فضعفت النفس عن احتمالها فزهقت بهما ، فكان القتل بهما ، ويخاف الاندمال فانه لا يبقى معه الالم الذي حصل في الاعضاء الشريفة فاختلفا . فان ادعى الاول أن جرحه اندمل فصدقه الولي سقط عنه القتل ولزمه القصاص في اليد أو نصف الدية ، وان كذبه شريكه واختار الولي القصاص فلا فائدة له في تكذيبه لان قتله واجب ، وان عفا عنه الى الدية فالقول قوله مع يمينه ، ولا يلزمه أكثر من نصف الدية ، وان كذب الولي الاول حلف وكان له قتله لان الاصل عدم ما ادعاه ، ولو ادعى الثاني اندمال جرحه فالحكم فيه كالحكم في الاول إذا ادعى ذلك .

• مسألة ، قال (وإذا قطعوا يدا قطع نظيرتها من كل واحد منهم)

وجملته أن الجماعة إذا اشتركوا في جرح موجب للقصاص وجب القصاص على جميعهم ، وبه قال مالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور . وقال الحسن والزهرى والثورى وأصحاب الرأى وابن المنذر : لا تقطع يدا بيد واحدة ويتعين ذلك وجهها في مذهب أحمد ، لانه روى عنه أن الجماعة لا يقتلون بالواحد ، وهذا تنبيه على أن الاطراف لا تؤخذ بطرف واحد ، لان الاطراف يعتبر التساوى فيها ، بدليل أنا لا نأخذ الصحيحة بالشلاء ، ولا كاملة الاصابع بناقصتها ، ولا أصلية بزائدة ولا زائدة بأصلية : ولا يميناً بيسار ولا يساراً بيمين ولا تساوى بين الطرف والاطراف ، فوجب امتناع القصاص بينهما ، ولا يعتبر التساوى في النفس فالتنا نأخذ الصحيح بالمريض ، وصحيح الاطراف بمقطوعها وأشلها

ولأنه يعتبر في القصاص في الاطراف التساوى في نفس القطع ، بحيث لو قطع كل واحد من جانب لم يجب القصاص بخلاف النفس ، ولأن الاشتراك الموجب للقصاص في النفس يقع كثيراً فوجب القصاص زجراً عنه ، كيلا يتخذ وسيلة الى كثرة القتل .

والاشتراك المختلف فيه لا يقع الا في غاية الندرة فلا حاجة الى الزجر عنه ، ولأن ايجاب القصاص على المشتركين في النفس يحصل به الزجر عن كل اشتراك أو عن الاشتراك المعتاد ، وايجابه عن المشتركين في الطرف لا يحصل به الزجر عن الاشتراك المعتاد ، ولا عن شيء من الاشتراك الا على صورة نادرة الوقوع بعيدة الوجود يحتاج في وجودها الى تكلف ، فايجاب القصاص للزجر عنها يكون منعاً لشيء ممتنع بنفسه لصعوبته واطلاقاً في القطع السهل المعتاد بنى القصاص عن فاعله ، وهذا لا فائدة فيه بخلاف الاشتراك في النفس .

بحقيقته أن وجوب القصاص على الجماعة بواحد في النفس والطرف على خلاف الاصل لكونه يأخذ في الاستيفاء زيادة على ما فوت عليه ويخل بالتماثل المنصوص على النهي عما عداه ، وإنما خولف هذا الاصل في الانفس زجراً عن الاشتراك الذي يتبع القتل به غالباً ، ففيما عداه يجب البقاء على أصل التحريم ، ولأن النفس أشرف من الطرف ، ولا يلزم من المحافظة عليها بأخذ الجماعة بالواحد المحافظة على ما دونها بذلك .

ولما ما روى أن شاهدين شهدا عند علي رضي الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ، ثم جاء بأخر فقالا : هذا هو السارق وأخطأنا في الاول فرد شهادتهما على الثاني وغرمها دية الاول ، وقال : لو علمت أنكما تعمدتا لقطعتكما ، فأخبر أن القصاص على كل واحد منهما لو تعمدا قطع يد واحدة ، ولأنه أحد نوعي القصاص فتؤخذ الجماعة بالواحد كالألف .

وأما اعتبار التساوى فمثله في الألف ، فإننا نعتبر التساوى فيها فلا نأخذ مسلماً بكافر ولا حراً بعبد ، وأما أخذ صحيح الأطراف بمقطوعها فلأن الطرف ليس هو من النفس المقتصر منها ، وإنما يفوت تبعاً ، ولذلك كانت ديتها واحدة بخلاف اليد الناقصة والشلاء مع الصحيحة فإن ديتها مختلفة .

وأما اعتبار التساوي في الفعل فإنما اعتبر في اليد لانه يمكن مباشرتها بالقطع ، فإذا قطع كل واحد منهما من جانب كان فعل كل واحد منهما متميزاً عن فعل صاحبه فلا يجب على انسان قطع محل لم يقطع مثله . وأما النفس فلا يمكن مباشرتها بالفعل وإنما أفعالهم في البدن فيفضى إليه إليها فتزهد ولا يتميز ألم فعل أحدهما من ألم فعل الآخر فكانا كالقاطعين في محل واحد ؛ ولذلك لا يستوفى من الطرف الا في المفصل الذي قطع الجاني منه ولا يجوز تجاوزده ، وفي النفس لو قتله بجرح في بطنه أو جنبه أو غير ذلك كان الاستيفاء من العنق دون المحل الذي وقعت الجناية فيه إذا ثبت هذا فإنما يجب القصاص على المشتركين في الطرف إذا اشتركوا فيه على وجه لا يتميز فعل أحدهم عن فعل الآخر ، أما بأن يشهدوا عليه بما يوجب قطعه فيقطع ثم يرجعون عن الشهادة أو يكرهوا انساناً على قطع طرف فيجب قطع المكرهين كلهم والمكره أو يلقوا صخرة على طرف انسان فيقطعه أو يقطعوا يداً أو يقطعوا عينا بضربة واحدة أو يضعوا حديدة على مفصل ويتحاملوا عليها جميعاً أو يمدوها فتبين .

فإن قطع كل واحد منهم من جانب أو قطع أحدهم بعض المفصل وأتمه غيره أو ضرب كل واحد ضربة أو وضعوا منشأراً على مفصله ثم مده كل واحد إليه مرة مرة حتى بانت اليد فلا قصاص فيه لان كل واحد منهم لم يقطع اليد ولم يشارك في قطع جميعها ، وإن كان فعل واحد منهم يمكن الاقتصاص بمفرده اقتصر منه . وهذا مذهب الشافعي .

« مسألة ، قال (وإذا قتل الاب وغيره عمداً قتل من سوى الاب »

وهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور ، وعن أحمد رواية أخرى : لا قصاص على واحد منهما ، وهو قول أصحاب الرأي لانه قتل تركب من موجب وغير موجب فلم يوجب كقتل العائد والخاطيء والصبي والبالغ والمجنون والعاقل ولنا أنه شارك في القتل العمد العدوان فيمن يقتل به لو انفرد بقتله فوجب عليه القصاص كشريك الاجنبي ، ولا نسلم أن فعل الاب غير موجب فإنه يقتضى

الإيجاب لكونه تمحض عمداً عدواناً والجنابة به أعظم إثمًا وأكثر جرماً ، ولذلك خصه الله تعالى بالنهي عنه فقال (ولا تقتلوا أولادكم - ثم قال - إن قتلهم كان خطيئاً كبيراً) ولما سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن أعظم الذنب قال : أن تجعل لله نداً وهو خلقك ، ثم أن تقتل ولدك خشية أن يطعم معك ، لجعله أعظم الذنوب بعد الشرك ، ولأنه قطع الرحم التي أمر الله تعالى بصلتها ووضع الاساءة موضع الاحسان فهو أولى بإيجاب العقوبة والزجر عنه ، وإنما امتنع الوجوب في حق الأب لمعنى مختص بالمحل لا لقصور في السبب الموجب فلا يمتنع عمله في المحل الذي لا مانع فيه .

وأما شريك الخطأ . فلنا فيه منع ، ومع التسليم فامتناع الوجوب فيه لقصور السبب عن الإيجاب ، فإن فعل الخطأ . غير موجب للقصاص ولا صالح له والقتل منه ومن شريكه غير متمحض عمداً لوقوع الخطأ في الفعل الذي حصل به زهوق النفس بخلاف مسألتنا .

(فصل) وكل شريكين امتنع القصاص في حق أحدهما لمعنى فيه من غير قصور في السبب فهو في وجوب القصاص على شريكه كالأب وشريكه ، مثل أن يشترك مسلم وذمي في قتل عبد عمداً عدواناً ، فإن القصاص لا يجب على المسلم والحر ويجب على الذمي والعبد إذا قلنا بوجوبه على شريك الأب ، لأن امتناع القصاص عن المسلم لإسلامه وعن الحر لحرية وانتفاء مكافأة المقتول له . وهذا المعنى لا يتعدى إلى فعله ولا إلى شريكه فلم يسقط القصاص عنه .

وقد نقل عبد الله بن أحمد قال : سألت أبي رحمه الله عن حر وعبد قتلا عبداً عمداً ؟ قال : أما الحر فلا يقتل بالعبد وعلى الحر نصف قيمة العبد في ماله والعبد إن شاء سيده أسليه وإلا فداءه بنصف قيمة العبد ، وظاهر هذا أنه لا قصاص على العبد ، فيخرج مثل ذلك في كل قتل شارك فيه من لا يجب عليه القصاص .

مسألة ، قال (وإذا اشترك في القتل صبي ومجنون وبالع لم يقتل واحد منهم وعلى العاقل ثلث الدية في ماله وعلى عاقلة كل واحد من الصبي والمجنون ثلث الدية وعق رقبتين في أموالهما لأن عمدهما خطأ)

أما إذا شاركوا في القتل من لا قصاص عليه لمعنى في فعله كالصبي والمجنون

فالصحيح في المذهب أنه لا قصاص عليه ، وبهذا قال الحسن والأوزاعي وإسحاق وأبو حنيفة وأصحابه ، وهو أحد قولي الشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى : أن القود يجب على البالغ العاقل ، حكاهما ابن المنذر عن أحمد

وحكى ذلك عن مالك وهو القول الثاني للشافعي ، وروى ذلك عن قتادة والزهري وحماد ، لأن القصاص عقوبة تجب عليه جزاء لفعله ، فمضى كان فعله عمداً عدواناً وجب القصاص عليه ، ولا تنظر إلى فعل شريكه بحال ، ولأنه شارك في القتل عمداً عدواناً فوجب عليه القصاص كشريك الاجنبي ، وذلك لأن الإنسان إنما يؤخذ بفعله لا بفعل غيره ، فعلى هذا يعتبر فعل الشريك منفرداً ، فمضى ثم حض عمداً عدواناً وكان المقتول مكافئاً له وجب عليه القصاص .

وبنى الشافعي قوله على أن فعل الصبي والمجنون إذا تعمداه عمد لانهما يقصدان القتل وإنما سقوط القصاص عنهما لمعنى فيهما وهو عدم التكليف فلم يقتض سقوطه عن شريكهما كالأبوة .

ولما أنه شارك من لا مائمه عليه في فعله فلم يلزمه قصاص كشريك الخطيء ، ولأن الصبي والمجنون لا قصد لهما صحيح ، ولهذا لا يصح إقرارهما فكان حكم فعلهما حكم الخطأ ، وهذا معنى قول الحرق عمدتهما خطأ ، أى في حكم الخطأ في انتفاء القصاص عنه ومدار ديته وحمل عاقلتهما إياها ووجوب الكفارة . إذا ثبت هذا فإن الدية تجب عليهم أثلاثاً على كل واحد منهم ثلاثاً ، لأن الدية بدل المحل ولذلك اختلفت باختلافه ، والمحل المتلف واحد فكانت ديته واحدة ولأنها تقدر بقدره أما القصاص فإنما كل في كل واحد لأنه جزاء الفعل وأفعالهم متعددة فتعدد في حقهم وكل في حق كل واحد كالوقذف جماعة واحداً إلا أن الثلث الواجب على المكلف يلزم في ماله حالا لأن فعله عمد والعاقل لا تحمل العمد ، وما يلزم الصبي والمجنون فعلى عاقلتهما لأن عمدتهما خطأ والعاقل لا تحمل جناية الخطأ إذا بلغت ثلث الدية وتكون مؤجلة عاماً ، فإن الواجب متى كان ثلث الدية كان أجله عاماً ويلزم كل واحد منها الكفارة من ماله لأن فعلهما خطأ ، والقاتل الخطيء والمشارك في القتل خطأ يلزمه كفارة لأنها لا تجب بدلاً عن المحل ، ولهذا لم تختلف وإنما وجبت تكفيراً للفعل ومحوراً لآثره فوجب تكبيلهما كالقصاص

« مسألة ، قال (ويقتل الذكر بالانثى والانثى بالذكر .

هذا قول عامة أهل العلم ، منهم النخعي والشعبي والزهري وعمر بن عبد العزيز ومالك وأهل المدينة والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وغيرهم
وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال : يقتل الرجل بالمرأة ويعطى أولياؤه نصف الدية . أخرجه سعيد

وروى مثل هذا عن أحمد وحكى ذلك عن الحسن وعطاء ، وحكى عنهما مثل قول الجماعة ، وأعل من ذهب الى القول الثاني يحتج بقول علي رضي الله عنه . ولأن عقلها نصف عقله فإذا قتل بها بقي له بقية فاستوفيت ممن قتله

ولنا قوله تعالى (النفس بالنفس) وقوله (الحر بالحر) مع عموم سائر النصوص وقد ثبت « أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل يهوديا رضى رأس جارية من الانصار ، وروى ابو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والاسنان وإن الرجل يقتل بالمرأة ، وهو كتاب مشهور عند أهل العلم متلقى بالقبول عندهم ولأنهما شخصان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه فقتل كل واحد منهما بالآخر كالرجلين ، ولا يجب مع القصاص شيء . لانه قصاص واجب ولم يجب معه شيء . على المقتص كسائر القصاص .

واختلاف الابدال لا عبرة به في القصاص ، بدليل أن الجماعة يقتلون بالواحد والنصراني يؤخذ بالمجوسى مع اختلاف دينهما ، ويؤخذ العبد بالعبد مع اختلاف قيمتهما .

(فصل) ويقتل كل واحد من الرجل والمرأة بالخنثى ويقتل بهما ، لانه لا يخلو من أن يكون ذكرا أو أنثى .

« مسألة ، قال (ومن كان بينهما في النفس قصاص فهو بينهما في الجراح)

وجملته أن كل شخصين جرى بينهما القصاص في النفس جرى القصاص بينهما في الاطراف فيقطع الحر المسلم بالحر المسلم ، والعبد بالعبد ، والذمي بالذمي والذكر بالانثى ، والانثى بالذكر ، ويقطع الناقص الكامل كالعبد بالحر ، والكافر بالمسلم

ومن لا يقتل بقتله لا يقطع طرفه بطرفه ، فلا يقطع مسلم بكافر ، ولا حر بعبد ، ولا والد بولد ، وبهذا قال مالك والثوري والشافعي وأبو ثور وإسحاق وابن المنذر وقال أبو حنيفة : لا قصاص في الطرف بين مختلفي البدل فلا يقطع الكامل بالناقص ولا الناقص الكامل ، ولا الرجل بالمرأة ولا المرأة بالرجل ، ولا الحر بالعبد ولا العبد بالحر ، ويقطع المسلم بالكافر والكافر بالمسلم ، لأن التكافؤ معتبر في الاطراف بدليل أن الصحيحة لا تؤخذ بالشلاء ولا الكاملة بالناقصة ، فكذا لا يؤخذ طرف الرجل بطرف المرأة ولا يؤخذ طرفها بطرفه ، كما لا تؤخذ اليسرى باليمنى

ولنا أن من جرى بينهما القصاص في النفس جرى في الطرف كالحرين ، وما ذكره يبطل بالقصاص في النفس فإن التكافؤ معتبر ، بدليل أن المسلم لا يقتل بمسلمان ثم يلزمه أن يأخذ الناقصة الكاملة ، لأن المماثلة قد وجدت وزيادة فوجب أخذها بها إذا رضى المستحق . كما تؤخذ ناقصة الأصابع بكاملة الأصابع ، وأما اليسار واليمين فيجريان مجرى النفس لاختلاف محليهما ، ولهذا استوى بدلها فعلم أنها ليست ناقصة عنها شرعا ولا العلة فيهما ذلك

«مسئلة ، قال (وإذا قتلاه وأحدهما مخطئ . والآخر متعمد فلا قود على واحد منهما وعلى العامد نصف الدية في ماله وعلى عاقلة المخطئ نصفها وعليه في ماله عتق رقبة مؤمنة)

أما المخطئ . فلا قصاص عليه للكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا الا خطأ ، ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله) وقال تعالى (وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به) وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم « عني لآمتي عن الخطأ والنسيان ، وأجمع أهل العلم على أنه لا قصاص عليه ، وأما شريكه فأكثر أهل العلم لا يرون عليه قصاصا . وبه قال النخعي والشافعي وأصحاب الرأي . وروى عن أحمد أن عليه القصاص . وحكى ذلك عن مالك لأنه شارك في القتل عمدا عدوانا فوجب عليه القصاص كشريك العامد ، ولأن مؤاخذته بفعله ، وفعله عمد وعدوان لا عذر له فيه .

ولنا أنه قتل لم يتمحض عمداً فلم يوجب القصاص كشبه العمد ، وكأ لو قتله واحد بجرحين عمداً وخطأ ، ولأن كل واحد من الشريكين مباشر ومتسبب ، فإذا كانا عامدين فكل واحد متسبب الى فعل موجب للقصاص فقام فعل شريكه مقام فعله لتسببه اليه ، وهما إذا أقتنا المخطيء مقام العامد صار كأنه قتله بعمد وخطأ وهذا غير موجب .

(فصل) وهل يجب القصاص على شريك نفسه وشريك السبع ؟ فيه وجهان ذكرهما أبو عبد الله بن حامد ، وصورة ذلك أن يجرحه سبع ويجرحه إنسان عمداً ، إما قبل ذلك أو بعده فيموت منهما ، أو يجرح نفسه عمداً ثم يجرحه غيره عمداً فيموت منهما ، فهل يجب على المشارك له قصاص ؟ فيه وجهان ، واختلف عن الشافعي فيه .

وقال أصحاب الرأي : لا قصاص عليه لأنه شارك من لا يجب القصاص عليه فلم يلزمه قصاص كشريك الخطيء ، ولأنه قتل تركب من موجب وغير موجب فلم يوجب كالقتل الحاصل من عمد وخطأ ، ولأنه إذا لم يجب على شريك الخطيء وفعله مضمون ، فلأن لا يجب على شريك من لا يضمن فعله أولى .

والوجه الثاني : عليه القصاص وهو قول أبي بكر ، وروى عن أحمد أنه قال إذا جرحه رجل ثم جرح الرجل نفسه فمات فعلى شريكه القصاص ، لأنه قتل عمد متمحض فوجب القصاص على الشريك فيه كشريك الأب ، فأما إن جرح الرجل نفسه خطأ كأنه أراد ضرب جارحة فأصاب نفسه أو خاط جرحه فصادف اللحم الحى فلا قصاص على شريكه في أصح الوجهين ، وفيه وجه آخر أن عليه القصاص بناء على الروايتين في شريك الخطيء .

(فصل) فإن جرحه إنسان فتداوى بسم فمات نظرت فإن كان سم ساعة يقتل في الحال فقد قتل نفسه وقطع سراية الجرح وجرى مجرى من ذبح نفسه بعد أن جرح ونظر في الجرح فإن كان موجبا للقصاص فلوليه استيفاؤه وإن لم يكن موجبا له فلوليه الارش ، وإن كان السم لا يقتل في الغالب وقد يقتل بفعل الرجل في نفسه عمد خطأ والحكم في شريكه كالحكم في شريك الخطيء ، وإذا لم يجب

القصاص فعلى الجرح نصف الدية ، وان كان السم يقتل غالباً بعد مدة احتل أن يكون عمداً خطأ أيضاً لأنه لم يقصد القتل إنما قصد التداوى فيكون كالذى قتله واحتمل أن يكون في حكم العمد فيكون في شريكه الوجهان المذكوران في الفصل الذى قبله ، وان جرح رجل فخاط جرحه أو أمر غيره فخاطه له وكان ذلك مما يجوز أن يقتل لحكمه حكم ما لو شرب سماً يجوز أن يقتل على ما مضى فيه ، وان خاطه غيره بغير إذنه كرها فهما قاتلان عليهما القود ، وان خاطه وليه أو الإمام وهو من لا ولاية عليه فهما كالأجنبي وان كان لهما عليه ولاية فلا قود عليهما لأن فعلهما جائز لهما إذ لهما مداواته فيكون ذلك خطأ ، وهل على الجرح القود ؟ فيه وجهان بناء على شريك الخطأ .

« مسألة ، قال (ودية العبد قيمته ، وان بلغت ديات)

أجمع أهل العلم أن في العبد الذى لا تبلغ قيمته دية الحر قيمته ، وان بلغت قيمته دية الحر أو زادت عليها ، فذهب أحمد رحمه الله الى أن فيه قيمته بالغة ما بلغت ، وان بلغت ديات عمداً كان القتل أو خطأ سواء ضمن باليد أو بالجناية وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز وإياس بن معاوية والزهرى ومكحول ومالك والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأبى يوسف وقال النخعى والشعبى والثورى وأبو حنيفة ومحمد لا تبلغ به دية الحر .

وقال أبو حنيفة : ينقص عن دية الحر ديناراً أو عشرة دراهم القدر الذى يقطع به السارق ، وهذا إذا ضمن بالجناية وان ضمن باليد بأن يغصب عبداً فيموت في يده فإن قيمته تجب ، وان زادت على دية الحر ، واحتجوا بأنه ضمان آدمى فلم يزد على دية الحر كضمان الحر وذلك لأن الله تعالى لما أوجب في الحر دية لا تزيد وهو أشرف الخلق من نقيصة الرق كان تنبيهاً على أن دية العبد المنقوص لا يزد عليها فنجعل مالية العبد معياراً للقدر الواجب فيه مالم يزد على الدية فإذا زاد علنا خطأ ذلك فزده الى دية الحر كأرش مادون الموضحة يجب فيه ما يخرج به الحكومة مالم يزد على أرش الموضحة فزده اليها .

ولنا أنه مال متقوم فيضمن بكامل قيمته بالغة ما بلغت كالفرس أو مضمون

بقيمته فكانت جميع القيمة كما لو ضمنه بالبد، ويخالف الحر فإنه ليس بمضمون بالقيمة وإنما ضمن بما قدره الشرع فلم يتجاوزته، ولأن ضمان الحر ليس بضمان مال ولذلك لم يختلف باختلاف صفاته وهذا ضمان مال يزيد بزيادة المالية وينقص بنقصانها فاختلفاً، وقد حكى أبو الخطاب عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أنه لا يبلغ بالعبد دية الحر، والمذهب الأول .

باب القود

القود القصاص، ولعله إنما سمي بذلك لأن المقتص منه في الغالب يقاد بشيء يربط فيه أو بيده إلى القتل فسمى القتل قوداً لذلك .

ومسألة، قال : ولو شق بطنه فأخرج حشوته فقطعها فأبانتها منه ثم ضرب عنقه آخر فالقاتل هو الأول، ولو شق بطنه ثم ضرب عنقه آخر فالثاني هو القاتل لأن الأول لا يعيش مثله والثاني قد يعيش مثله (

وجملته : أنه إذا جنى عليه اثنان جنائيتين نظرنا فإن كانت الأولى أخرجته من حكم الحياة مثل قطع حشوته أي ماني بطنه وإبانتها منه أو ذبحه ثم ضرب عنقه الثاني فالأول هو القاتل لأنه لا يبقى مع جنائيته حياة فالقود عليه خاصة وعلى الثاني التعزير كما لو جنى على ميت، وإن عفا الولي إلى الدية فهي على الأول وحده . وإن كان جرح الأول يجوز بقاء الحياة معه مثل شق البطن من غير إبانة الحشوة أو قطع طرف ثم ضرب عنقه آخر فالثاني هو القاتل لأنه لم يخرج الأول من حكم الحياة فيكون الثاني هو المفوت لها فعليه القصاص في النفس والدية كاملة إن عفا عنه .

ثم ننظر في جرح الأول، فإن كان موجبا للقصاص كقطع الطرف فالولي مخير بين قطع طرفه والعفو عن ديته مطلقا، وإن كان لا يوجب القصاص كالجائفة ونحوها فعليه الأرش وإنما جعلنا عليه القصاص لأن فعل الثاني قطع سريرة جراحه فصار كالمندمل الذي لا يسرى، وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً، ولو كان جرح الأول يفضي إلى المات لا محالة إلا أنه لا يخرج به من حكم الحياة وتبقى معه

الحياة المستقرة مثل خرق المغى أو أم الدماغ- فضرب الثاني عنقه فالقاتل هو الثاني لأنه فوت حياة مستقرة .

وقيل هو في حكم الحياة بدليل أن عمر رضى الله عنه لما جرح دخل عليه الطبيب فسقاه لبنا فخرج يصلد فعلم الطبيب أنه ميت فقال : اعهذ الى الناس ، فعهذ اليهم وأوصى وجعل الخلافة إلى أهل الشورى فقبل الصجابة عهده وأجمعوا على قبول وصاياه وعهده ، فلما كان حكم الحياة باقيا كان الثاني مفوتا لها فكان هو القاتل كما لو قتل عليلا لا يرجى براء علقته .

(فصل) إذا ألقى رجلا من شاهر فتلقيه آخر بسيف فقتله فالقصاص على من قتله لأنه فوت حياته قبل المصير الى حال يئسوا فيها من حياته فأشبه ما لو رماه إنسان بسهم قاتل فقطع آخر عنقه قبل وقوع السهم به أو ألقى عليه صخرة فإطار آخر رأسه بالسيف قبل وقوعها عليه ، وبهذا قال الشافعي ان رماه من مكان يجوز أن يسلم منه وان رماه من شاهر لا يسلم منه الواقع فقيه وجهان .
أحدهما : كقولنا . والثاني . الضمان عليها بالقصاص والدية عند سقوطه لأن كل واحد منها سبب للاتلاف .

ولنا أن الرمي سبب والقتل مباشرة فانقطع حكم السبب كاللدافع مع الحافر والجراح مع الذابح وكالصور التي ذكرنا ، وما ذكروه باطل بهذه الاصول المذكورة

« مسأله ، قال (وإذا قطع يديه ورجليه ثم عاد فضرب عنقه قبل أن تندمل جراحه قتل ولم تقطع يده ، ولا رجلاه في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله والرواية الاخرى قال : إنه لأهل أن يفعل به كما فعل ، فإن عفا عنه الولي فعليه دية واحدة) »

وجملة ذلك : أن الرجل إذا جرح رجلا ثم ضرب عنقه قبل اندمال الجرح فالكلام في المسأله في حالين .

أحدهما : أن يختار الولي القصاص ، فاختلفت الرواية عن أحد في كيفية الاستيفاء : فروى عنه لا يستوفى إلا بالسيف في العنق ، وبه قال عطاء والثوري وأبو يوسف ومحمد لما روى عن النبي (ص) أنه قال « لا قود إلا بالسيف ،

رواه ابن ماجه ، ولأن القصاص أحد بدلي النفس فدخل الطرف في حكم الجملة كالدية فإنه لو صار الأمر إلى الدية لم تجب الدية النفس ، ولأن القصد من القصاص في النفس تعطيل الكل وإتلاف الجملة ، وقد أمكن هذا بضرب العنق فلا يجوز تعديته بإتلاف أطرافه كما لو قتله بسيف كال فإنه لا يقتل بمثله .

والرواية الثانية عن أحمد قال : إنه لأهل أن يفعل به كما فعل ، يعني أن المستوفى أن يقطع أطرافه ثم يقتله ، وهذا مذهب عمر بن عبد العزيز ومالك والشافعي وأبي حنيفة وأبي ثور لقول الله تعالى (وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به) وقوله سبحانه (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولأن النبي صلى الله عليه وسلم « رض رأس يهودي لرضه رأس جارية من الأنصار بين حبرين ، ولأن الله تعالى قال (والعين بالعين) وهذا قد قلع عينه فيجب أن تعلق عينه للآية .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من حرق حرقناه ، ومن غرق غرقناه ، ولأن القصاص موضوع على المماثلة ولفظه مشعر به فوجب أن يستوفى منه مثل ما فعل كما لو ضرب العنق آخر غيره ، فأما حديث « لا قود إلا بالسيف » فقال أحمد : ليس إسناده بحيد .

الحال الثاني : أن يصير الأمر إلى الدية إما بعفو الولي أو كون الفعل خطأ أو شبه عمد أو غير ذلك فالواجب دية واحدة ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وقال بعضهم تجب دية الأطراف المقطوعة ودية النفس لأنه لما قطع بسراية الجرح بقتله صار كالمستقر فأشبه ما لو قتله غيره ، ولهذا لم يسقط القصاص فيه .

ولنا أنه قاتل قبل استقرار الجرح فدخل أرش الجراحة في أرش النفس كما لو سرت إلى نفسه والقصاص في الأطراف على إحدى الروايتين لا يجب ، وإن وجب فإن القصاص لا يشبه الدية لأن سراية الجرح لا تسقط القصاص فيه وتسقط دية

(فصل) ومتى قلنا له أن يستوفى بمثل ما فعل بولييه فأحب أن يقتصر على ضرب عنقه فله ذلك وهو أفضل ، وإن قطع أطرافه التي قطعها الجاني أو بعضها ثم عفا عن قتله فكذلك لأنه تارك بعض حقه : وإن قطع بعض أطرافه ثم عفا إلى الدية

لم يكن له ذلك لأن جميع ما فعل بولي لا يجب به الا دية واحدة فلا يجوز أن يستوفي بعضه ويستحق كالالدية فإن فعل قله ما بقي من الدية فإن لم يبق منها شيء فلا شيء له .

وإن قلنا ليس له أن يستوفي إلا بضرب العنق فاستوفي منه بمثل ما فعل فقد أساء ولا شيء عليه سوى المأثم لأن فعل الجاني في الاطراف لم يوجب عليه شيئاً يختص بها فكذلك فعل المستوفي إن قطع الجاني طرفاً واحداً ثم عفا الى الدية لم يكن له إلا تمامها ، وإن قطع ما يجب به الدية ثم عفا لم يكن له شيء ، وإن قطع ما يجب به أكثر من الدية ثم عفا احتمل أن يلزمه ما زاد على الدية لأنه لا يستحق أكثر من دية وقد فعل ما يوجب أكثر منها فكانت الزيادة عليه ، واحتمل أن لا يلزمه شيء لأنه لو قتله لم يلزمه شيء فإذا ترك قتله وعفا عنه فأولى أن لا يلزمه شيء ولأنه فعل بعض ما فعل بولي فلم يلزمه شيء كما لو قلنا ان له أن يستوفي مثل ما فعل به .

(فصل) فإن قطع يديه ورجليه أو جرحه جرحاً يوجب القصاص اذا انفرد فسرى الى النفس فله القصاص في النفس ، وهل له أن يستوفي القطع قبل القتل ؟ على روايتين ذكرهما القاضي وبناهما على الروايتين المذكورتين في المسألة .
إحداهما : ليس له قطع الطرف ، وهو مذهب أبي حنيفة لأن ذلك يفضي الى الزيادة على ما جناه الاول والقصاص يعتمد المماثلة ، فمضى خيف فيه الزيادة سقط كما لو قطع يده من نصف الذراع .

والثانية : يجب القصاص في الطرف فان مات به وإلا ضربت عنقه ، وهذا مذهب الشافعي لما ذكرناه في أول المسألة ، وذكر أبو الخطاب أنه لا يقتصر منه في الطرف روايه واحدة ؛ وأنه لا يصح تخريجه على الروايتين في المسألة لانقضاء هذا الى الزيادة ، بخلاف المسألة . والصحيح تخريجه على الروايتين : وليس هذا بزيادة لان فوات النفس بسراية فعله وسراية فعله كفعله فأشبه ما لو قطعه ثم قتله ولان زيادة الفعل في الصورة محتمل في الاستيفاء كما لو قتله بضربة فلم يمكن قتله في الاستيفاء الا بضربتين .

(فصل) وإن جرحه جرحاً لا قصاص فيه ولا يلزم فوات الحياة به مثل أن

أجافه أو أمه أو قطع يده من نصف ذراعه أو رجله من نصف ساقه فمات منه أو قطع يداً ناقصة الأصابع أو شلاء أو زائدة ويد القاطع أصلية صحيحة ، فالصحيح في المذهب أنه ليس له فعل مثل ما فعل ، وليس له أن يقتص إلا في العنق بالسيف ، ذكره أبو بكر والقاضي .

وقال غيرهما فيه رواية أخرى : أن له أن يقتص بمثل ما فعله ، لأنه صار قتلاً فكان له القصاص بمثل فعله ، كما لو رض رأسه بحجر فقتله به ، والصحيح الأول لأن هذا لو انفرد لم يكن فيه قصاص فلم يجز القصاص فيه مع القتل ، كما لو قطع يمينه ولم يكن للقاطع يمين لم يكن له أن يستوفي من يساره ، وفارق ما إذا رض رأسه فمات ، لأن ذلك الفعل قتل مفرد ، وههنا قتل وقطع ، والقطع لا يوجب قصاصاً فبقى مجرد القتل ، فإذا جمع المستوفي بينهما فقد زاد قطعاً لم يرد الشرع باستيفائه فيكون حراماً ، وسواء في هذا ما إذا قطع ثم قتل عقيبته ، ويز ما إذا قطع فسرى إلى النفس .

(فصل) فأما قطع اليمنى ولا يمينى للقاطع أو اليد ولا يده ، أو قلع العين ولا عين له فمات المجنى عليه فإنه يقتل بالسيف في العنق ولا قصاص في طرفه ولا أعلم فيه خلافاً ، لأن القصاص إنما يكون من مثل العضو المثلّف وهو ههنا معدوم ولأن القصاص فعل مثل ما فعل الجاني ولا سبيل إليه ، ولأنه لو قطع ثم عفا عن القتل اصاب مستوفياً رجلاً ممن لم يقطع له مثلها أو أذنأ بدلاً عن عين ، وهذا غير جائز ، وهذا يدل على فساد الوجه الثاني في الفصل الذي قبله .

(فصل) وإن قتله بغير السيف ، مثل أن قتله بحجر أو هدم أو تغريق أو خنق فهل يستوفي القصاص بمثل فعله ؟ فيه روايتان . إحداهما له ذلك ، وهو قول مالك والشافعي . والثانية لا يستوفي إلا بالسيف في العنق ، وبه قال أبو حنيفة فيما إذا قتله بمثل الحديد على إحدى الروايتين عنده أو جرحه فمات ، ووجه الروايتين ما تقدم في أول المسألة ، ولأن هذا لا تؤمن معه الزيادة على ما فعله الجاني فلا يجب القصاص بمثل آله ، كما لو قطع الطرف بآلة كالة أو مسمومة أو بالسيف فإنه لا يستوفي بمثله ، ولأن هذا لا يقتل به المرتد فلا يستوفي به القصاص ، كما لو قتله بتجريع الخمر أو بالسحر ، ولا تفريع على هذه الرواية ، فأما على الرواية

الأخرى فإنه إذا فعل به مثل فعله فلم يمت قتله بالسيف ؛ وهذا أحد قولى الشافعى . والقول الثانى أنه يكرر عليه ذلك الفعل حتى يموت به لأنه قتله بذلك فله قتله بمثله .

ولنا أنه قد فعل به مثل فعله فلم يزد عليه ، كما لو جرحه جرحا أو قطع منه طرفا واستوفى منه الولى مثله فلم يمت به فإنه لا يكرر عليه الجرح بغير خلاف ويعدل الى ضرب عنقه فكذا هنا .

(فصل) وان قتله بما لا يحل لعينه ، مثل أن لاط به فقتله أو جرحه خرا أو سحره لم يقتل بمثله اتفاقا ويعدل الى القتل بالسيف ، وحكى أصحاب الشافعى فيمن قتله باللواط وتجريح الخمر وجها آخر أنه يدخل فى دبره خشبه يقتله بها ويجرعه الماء حتى يموت .

ولنا أن هذا محرم لعينه فوجب العدول عنه الى القتل بالسيف ، كما لو قتله بالسحر ، وان جرقه فقال بعض أصحابنا لا يحرق لأن التحريق محرم لحق الله تعالى لقول النبي صلى الله عليه وسلم : لا يعذب بالنار إلا رب النار ، ولأنه داخل فى عموم الخبر ، وهذا مذهب أبى حنيفة . وقال القاضى : الصحيح أن فيه روايتين كالغريق . إحداهما يحرق ، وهو مذهب الشافعى لما روى البراء بن عازب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه ، وحملوا الحديث الأول على غير القصاص فى المحرق .

(فصل) إذا زاد مستوفى القصاص فى النفس على حقه ، مثل أن يقتل وليه فيقطع المقتص أطرافه أو بعضها ، نظرنا فإن عفا عنه بعد قطع طرفه فعليه ضمان ما أتلف بديته ، وبهذا قال أبو حنيفة .

وقال مالك والشافعى وابن المنذر وأبو يوسف ومحمد : لا ضمان عليه ولكن قد أساء ويعزر ، وسواء عفا عن القاتل أو قتله لأنه قطع طرفا من جملة استحق إتلافها فلم يضمنه ، كما لو قطع أصبعها من يد يستحق قطعها .

ولنا أنه قطع طرفا له قيمة حال القطع بغير حق فوجب عليه ضمانه كما لو عفا عنه ثم قطعه أو كما لو قطعه أجنبى ، فأما أن قطعه ثم قتله احتمل أن يضمنه أيضا لأنه يضمنه إذا عفا عنه فكذلك إذا لم يعف — عنه لأن العفو إحسان فلا يكون

موجباً للضمان واحتمل أن لا يضمنه ، وهو قول أبي حنيفة ، لأنه لو قطع متعدياً ثم قتل لم يضمن الطرف ، فلأن يضمنه إذا كان القتل مستحقاً أولى .
فأما القصاص فلا يجب في الطرف بحال ، ولا نعلم في هذا خلافاً لأن القصاص عقوبه تدرأ بالشبهات ، والشبهة ههنا متحققة لأنه متحقق لإتلاف هذا الطرف ضمناً لاستحقاقه إتلاف الجملة ولا يلزم من سقوط القصاص أن لا تجب الدية ، بدليل امتناعه لعدم المكافآت .

فأما إن كان الجاني قطع طرفه ثم قتله فاستوفى منه بمثل فعله فقد ذكرناه فيما مضى ، وإن قطع طرفاً غير الذي قطعه الجاني كان الجاني قطع يده فقطع المستوفى رجله احتمل أن يكون بمنزلة ما لو قطع يده لأن ديتهما واحدة . واحتمل أن تلزمه دية الرجل لأن الجاني لم يقطعها فأشبه ما لو لم يقطع يده .

(فصل)

فأما إن كانت الزيادة في الاستيفاء لأنه الطرف ، مثل أن استحق قطع أصبع فقطع اثنين لحكمه حكم القاطع ابتداءً إن كان عقداً من مفصل أو شجة يجب في مثلها القصاص فعليه القصاص في الزيادة ، وإن كان خطأ أو جرحاً لا يوجب القصاص ، مثل من يستحق موضحة فاستوفاهما هاشمة فعليه أرش الزيادة إلا أن يكون ذلك بسبب من الجاني كاضطرابه حال الاستيفاء فلا شيء على المقتص لأنه حصل بفعل الجاني ، فإن اختلفا هل فعله خطأ أو عمداً فالقول قول المقتص مع يمينه لأن هذا مما يمكن الخطأ فيه وهو أعلم بقصده .

وإن قال المقتص حصل هذا باضطرابك أو فعل من جهتك ، فالقول قول المقتص منه لأنه منكر ، فإن سرى الاستيفاء الذي حصلت فيه الزيادة إلى نفس المقتص منه فمات أو إلى بعض أعضائه ، مثل أن قطع أصبعه فسرى إلى جميع يده أو اقتص منه بآلة أو مسمومة أو في حال حر مفرط أو برد شديد فسرى ، فقال القاضي . على المقتص نصف الدية لأنه تلف بفعلين : جائز ومحرم ، وه مضمون وغير مضمون ، فأنقسم الواجب عليهما نصفين ، كما لو جرحه جرحاً في حال رده ، وجرحاً بعد إسلامه فمات منهما ، وهذا كله مذهب الشافعي . ويحتمل أن يلزمه ضمان السراية كلها فيما إذا اقتص بآلة مسمومة

أو كالة لأن الفعل كله محرم ، بخلاف قطع الأصبعين فإن أحدهما مباح
 (فصل) قال القاضي : ولا يجوز استيفاء القصاص إلا بحضرة السلطان ،
 وحكاه عن أبي بكر وهو مذهب الشافعي ، لأنه أمر يفتقر إلى الاجتهاد ومحرم
 الحيف فيه فلا يؤمن الحيف مع قصد التشني . فإن استوفاه من غير حضرة السلطان
 وقع الموقع ويعزر لافتياته بفعل ما منع فعله ، ويحتمل أن يجوز الاستيفاء بغير
 حضور السلطان إذا كان القصاص في النفس لأن رجلا أتى النبي صلى الله عليه
 وسلم ، برجل يقوده بنسعة ، فقال : ان هذا قتل أخى فاعترف بقتله . فقال النبي
 صلى الله عليه وسلم : اذهب فاقتله ، رواه مسلم بمعناه . ولأن اشتراط حضور
 السلطان لا يثبت إلا بنص أو إجماع أو قياس ولم يثبت ذلك ، ويستحب أن يحضر
 شاهدين لئلا يجهل المجنى عليه الاستيفاء ، وإذا أراد الولي الاستيفاء فعل السلطان
 أن يتفقد الآلة التي يستوفى بها ، فإن كانت كالة منعها الاستيفاء بها لئلا يعذب المقتول
 وقد روى شداد بن أوس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إن الله
 كتب الإحسان على كل شيء . فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة
 وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته ،

وإن كانت مسمومة منعه الاستيفاء بها لأنها تفسد البدن وربما منعت غسله ،
 وإن عجل فاستوفى بآلة كالة أو مسمومة عزر ، وإن كان السيف صارماً غير
 مسموم نظر في الولي فإن كان يحسن الاستيفاء ويكمله بالقوة والمعرفة مكنه منه
 لقوله تعالى (ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً) وقال عليه السلام : من
 قتل له قتل فاهله بين خيرتين فإن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية ، ولأنه
 حق له متميز فكان له استيفاؤه بنفسه إذا أمكنه كسائر الحقوق ، وإن لم يحسن
 الاستيفاء أمره بالتوكيل لأنه عاجز عن استيفاء حقه

فإن ادعى الولي المعرفة بالاستيفاء فأمكنه السلطان من ضرب عنقه فضرب عنقه
 فأبانه فقد استوفى حقه ، وإن أصاب غيره وأقر بتعمد ذلك عزر . وإن قال أخطأت
 وكانت الضربة في موضع قريب من العنق كالرأس والمنكب قبل قوله مع يمينه
 لأن هذا مما يجوز الخطأ في مثله ، وإن كان بعيداً كالوسط والرجلين لم يقبل قوله
 لأن مثل هذا لا يقع الخطأ فيه : ثم إن أراد العود فقيه وجهان

أحدهما : لا يمكن منه لأنه تبين منه أنه لا يحسن الاستيفاء ويحتمل العود الى مثل فعله . والثاني : يمكن منه ، قاله القاضى ، لأن الظاهر تحرزه عن مثل ذلك ثانيا ، وان كان الولي لا يحسن الاستيفاء أمره بالتوكيل فيه لأنه حقه فكان له التوكيل فى استيفائه كسائر حقوقه . فإن لم يجد من يوكله الا بعوض أخذ العوض من بيت المال .

قال بعض أصحابنا : يرزق من بيت المال رجل يستوفى الحدود والقصاص لان هذا من المصالح العامة ، فإن لم يحصل ذلك فالاجرة على الجاني لانها اجرة لإيفاء الحق الذى عليه فكانت عليه كاجرة الكيال فى بيع المكيل ، ويحتمل أن تكون على المقتص لان وكيله فكانت الاجرة على موكله كسائر المواضع ، والذى على الجاني التمكين دون الفعل ، ولهذا لو أراد أن يقتص من نفسه لم يمكن منه ، ولانه لو كانت عليه اجرة التوكيل للزمته اجرة الولي اذا استوفى بنفسه .

وان قال الجاني انا أقتص لك من نفسى لم يلزم تمكينه ولم يجز ذلك له لان الله قال (ولا تقتلوا أنفسكم) ولان معنى القصاص أن يفعل به كما فعل ولان القصاص حق عليه لغيره فلم يجز أن يكون هو المستوفى له كالبايع لا يستوفى من نفسه .

(فصل) وان كان القصاص جماعة من الاولياء وتشاحوا فى المتولى منهم للاستيفاء أمروا بتوكيل أحدهم أو واحد من غيرهم ، ولم يجز أن يتولاه جميعهم لما فيه من تعذيب الجاني وتعدد أفعالهم ، فإن لم يتفقوا على واحد وتشاحوا . وكان كل واحد منهم يحسن الاستيفاء أقرع بينهم ، لان الحقوق اذا تساوت وعدم الترجيح صرنا الى القرعة ، كالأقرب تشاحوا فى تزويج مولاتهم ، فمن خرجت له القرعة أمر الباقيون بتوكيله ، ولا يجوز له الاستيفاء بغير اذنتهم لان الحق لهم فلا يجوز استيفاؤه بغير اذنتهم ، وان لم يتفقوا على توكيل واحد منعوا الاستيفاء حتى يوكلوا

مسألة ، قال (وان كانت الجراح برئت قبل قتله فعلى المعفو عنه ثلاث ديات الا أن يريدوا القود فيقيدوا يأخذوا من ماله ديتين) .

أما اذا قطع يديه ورجليه فبرئت جراحه ثم قتله فقد استقر حكم القطع ولولى

القتيل الخيار إن شاء عفا واخذ ثلاث ديات : دية لنفسه ودية ليديه ودية لرجليه
وان شاء قتله قصاصا بالقتل واخذ ديتين لأطرافه وان أحب قطع أطرافه الأربعة
واخذ دية لنفسه وان أحب قطع يديه واخذ ديتين لنفسه ورجليه وإن أحب قطع
رجليه واخذ ديتين لنفسه ويديه ، وان أحب قطع طرفا واحدا واخذ دية الباقي
وان أحب قطع ثلاثة أطراف واخذ دية الباقي . وكذلك سائر فروعها لأن حكم
القطع استقر قبل القتل بالاندمال فلم يتغير حكمه بالقتل الحادث بعده كما لو قتله
أجنبي ولا نعلم في هذا مخالفا .

فصل

فإن اختلف الجاني والولى في اندمال الجرح قبل القتل وكانت المدة بينهما يسيرة
لا يحتمل اندماله في مثلها فالقول قول الجاني بغير يمين ، وإن اختلفا في مضي المدة
فالقول قول الجاني مع يمينه لأن الأصل عدم مضيها ، وإن كانت المدة مما يحتمل
البرء فيها فالقول قول الولى مع يمينه لأنه قد وجد سبب وجوب دية الدين
بقطعهما والجاني يدعى سقوط ديتهما بالقتل والأصل عدم ذلك ، فإن كانت
للجاني بينة ببقاء المجنى عليه ضمنا حتى قتله حكم له ببينته ، وإن كان للولى بينة ببرئه
حكم له أيضا .

وإن تعارضتا قدمت بينة الولى لأنها مثبتة للبرء ، ويحتمل أن يكون القول
قول الجاني إذا لم يكن لها بينة لأن الأصل بقاء الجراحة وعدم اندمالها ، وإن
قطع أطرافه فمات واختلفا : هل برأ قبل الموت أو مات بسراية الجرح أو قال
الولى أنه مات بسبب آخر كان لدع أو ذبح نفسه أو ذبحه غيره فالحكم فيما إذا
مات بغير سبب آخر كالحكم فيما إذا قتله سحرا ، وأما إذا مات بقتل أو سبب
آخر ففيه وجهان .

أحدهما : تقديم قول الجاني لأن الظاهر بقاء الجناية والأصل عدم سبب آخر
فيكون الظاهر معه .

والثاني : القول قول ولي الجناية لأن الأصل بقاء الديتين اللتين وجد سببهما
حتى يوجد ما يزيلهما فإن كانت دعواهما بالعكس فقال الولى مات من سراية

قطعك فعليك القصاص في النفس فقال الجاني بل اندملت جراحه قبل موته أو ادعى موته بسبب آخر فالقول قول الولي مع يمينه لأن الجرح سبب للموت فقد تحقق ، والأصل عدم الاندمال وعدم سبب آخر يحصل الزهوق به وسواء كان الجرح فيها يجب به القصاص في الطرف كقطع اليد من مفصل ولا يوجبها كالجائفة والقطع من غير مفصل ، وهذا كله مذهب الشافعي .

« مسألة ، قال (ولو رمى وهو مسلم كافراً عبداً فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم فلا قود ، وعليه دية حر مسلم إذا مات من سهمه) »

هذا قول ابن حامد ومذهب الشافعي ، وقال أبو بكر يجب القود لأنه قتل مكافئاً له ظلماً عمداً فوجب القصاص كما لو كان حراً مسلماً حال الرمي ، يحققه أن الاعتبار بحال الجناية بدليل ما لو رمى مسلماً حياً فلم يقع به السهم حتى ارتد أو مات لم يلزمه شيء ، ولو رمى عبداً كافراً فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم فعليه دية حر مسلم .

وقال أبو حنيفة يلزمه في العبد دية عبد لمولاه لأن الإصابة ناشئة عن إرسال السهم فكان الاعتبار بها كحالة الجرح . فأما الكافر فذهب أن ديته دية المسلم وأنه يقتل به المسلم وكذلك يقتل الحر بالعبد .

ولنا على درء القصاص : أنه لم يتعد إلى نفس مكافئة له حال الرمي فلم يجب عليه قصاص كما لو رمى حريباً أو مرتدّاً فأسلم وعلى أبي حنيفة أنه أتلف حراً فضمنه ضمان الأحرار كما لو قصد صيداً ، وما قاله يطل بما إذا رمى حياً فأصابه ميتاً أو صحيحاً فأصابه معيباً .

ولنا على أن ديته تجب لورثته دون سيده وأنه إذا أسلم تجب ديته لورثته المسلمين دون الكفار إن مات مسلماً حراً فكانت ديته لورثته المسلمين كما لو كان كذلك حال رمية ولأن الميراث إنما يستحق بالموت فتعتبر حاله حين سبب الموت بدليل ما لو مرض وهو عبد كافر ثم أسلم ومات بتلك العلة والواجب بدل المحل فيعتبر بالمحل الذي فات بها فيجب بقدره وقد فات بها نفس حر مسلم والقصاص جزاء الفعل فيعتبر الفعل فيه والإصابة معاً لأنهما طرفاه فلذلك لم يجب القصاص بقتله

(فصل) ولم يفرق الحرقى بين كون الكافر ذميا أو غيره إلا أنه يتعين التفريق فيه فتمى رمى إلى حربى فى دار الحرب فأسلم قبل وقوع الرمية به فلا دية له وفيه الكفارة لأنه رمى مندوب إليه مأمور به فأشبهه ماله قتله فى دار الحرب يظنه حربيا وكان قد أسلم وكنم إسلامه، وفيه رواية أخرى أن فيه الدية على عاقلة القاتل لأنه نوع خطأ فكذلك ههنا، ولو رمى مرتدأ فى دار الإسلام فأسلم ثم وقع السهم به ضمنه لأنه مفرط بإرسال سهمه عليه لأن قتل المرتد إلى الإمام لا إلى آحاد الناس وقتله بالسيف لا بالسهم .

(فصل) ولو رمى حربيا فتترس بمسلم فأصابه فقتله نظرنا فإن كان تترس به بعد الرمي ففيه الكفارة ، وفى الدية على عاقلة الرامى روايتان كالتى قبلها ، وإن تترس به قبل الرمي لم يحجز رمية إلا أن يخاف على المسلمين فيرمى الكافر ولا يقصد المسلم فإذا قتله ففى ديته أيضا روايتان . وإن رماه من غير خوف على المسلم فقتله فعليه ديته لأنه لم يحجز له رمية .

(فصل)

ولو قطع يد عبد ثم أعتق ومات أو يد ذمى ثم أسلم ومات ففيه وجهان . أحدهما : الواجب دية حر مسلم لورثته ولسيده منها أقل الأمرين من ديته أو أرش جنايته اعتباراً بحال استقرار الجناية .

وقال القاضى وأبو بكر نجب قيمة العبد بالغة ما بلغت مصروفة إلى السيد اعتباراً بحال الجنابة لأنها الموجب للضمان فاعتبرت حال وجودها ، ومقتضى قولها ضمان الذمى الذى أسلم بدية ذمى ويلزمها على هذا أن يصرفها إلى ورثته من أهل الذمة وهو غير صحيح لأن الدية لا تخلو من أن تكون مستحقة للجنى عليه أو لورثته ، فإن كانت له وجب أن تكون لورثته المسلمين كسائر أمواله وأملاكه كالذى كسبه بعد جرحه ، وإن كانت تحدث على ملك ورثته فورثته هم المسلمون دون الكفار .

(فصل) وإذا قطع أنف عبد قيمته ألف دينار فاندمل ثم أعتقه السيد وجبت قيمته بكاملها للسيد ، وإن أعتقه ثم اندمل فكذلك لأنه إنما استقر بالإندمال

ماوجب بالجناية والجناية كانت في ملك سيده ، وان مات من سراية الجرح فكذلك في قول أبي بكر والقاضى وهو قول المزنى ، لان الجناية يراعى فيها حال وجودها وذكر القاضى أن أحمد نص عليه في رواية حنبل فيمن فقأ عيني عبد ثم أعتق ومات فقيه قيمته لا الدية ومقتضى قول الخرقي أن الواجب فيه دية حر ، وهو مذهب الشافعى لان اعتبار الجناية بحالة الاستقرار ، وقد ذكرناه ونصرف الى السيد لانه استحق أقل الامرين من ديته أو أرش الجرح والدية ههنا أقل الامرين وما ذكره ينتقض بما اذا قطع يديه ورجليه فمات بسراية الجرح فإن الواجب دية النفس لا دية الجرح .

فصل

وان قطع يد عبد فأعتق ثم عاد فقطع رجله واندمل القطمان فلا قصاص في اليد لأنها قطعت في حال رقه ويجب فيها نصف قيمته أو ما نقصه القطع لسيده ويجب القصاص في الرجل التي قطعها حال حرته أو نصف الدية ان عفا عن القصاص لورثته ، وان اندمل قطع اليد وسرى قطع الرجل الى نفسه ففي اليد نصف القيمة لسيده وعلى القاطع القصاص في النفس أو الدية كاملة لورثته ، وان اندمل قطع الرجل وسرى قطع اليد ففي الرجل القصاص بقطعها أو نصف الدية لورثته ولا قصاص في اليد ولا في سرايتها وعلى الجاني دية حر لسيده منها أقل الامرين من أرش القطع أو دية الحر على قول ابن حامد .

وعلى قول أبي بكر والقاضى يجب قيمة العبد لسيده اعتباراً بحال جنائته ، وان سرى الجرحان لم يجب القصاص في النفس ولا اليد لانه مات من جرحين موجب وغير موجب فلم يجب القصاص كما لو جرحه جرحين عمداً وخطأً ولكن يجب القصاص في الرجل لانه قطعها من حر فإن اقتص منه وجب نصف الدية لأنه مات من جنائته وقد استوفى منه ما يقابل نصف الدية وللسيد أقل الامرين من نصف القيمة أو نصف الدية .

فان زاد نصف الدية على نصف القيمة كان الزائد للورثة ، وان عفا ورثته عن القصاص فلهم أيضاً نصف الدية .

وان كان قاطع الرجل غير قاطع اليد واندمل الجرحان فعلى قاطع اليد نصف

القيمة لسيدته وعلى قاطع الرجل القصاص فيها أو نصف — الدية ، وإن سرى
الجرحان إلى نفسه فلا قصاص على الأول لأنه قطع يد عبد وعليه نصف — دية حر
لأن المجنح عليه حر في حال قرار الجناية وعلى الثاني القصاص في النفس إذا كان
عمد القطع لأنه شارك في القتل عمداً عدواناً فهو كشريك الآب ويخرج أن
لاقصاص عليه في النفس لأن الروح خرجت من — سرايه قطعين موجب وغير
موجب بناء على شريك الآب ، وإن عفا عنه إلى الدية فعليه نصف — دية حر ،
وإن قلنا بوجوب القصاص في النفس خرج في وجوبه في الطرف روايتان ،
وإن قلنا لا تجب في النفس وجب في الرجل .

(فصل) وإن قلع عين عبد ثم أعتق ثم قطع آخر يده ثم قطع آخر رجله
فلا قود على الأول سواء اندمل جرحه أو سرى ، وأما الآخران فعليهما القود في
الطرفين إن وقف قطعهما أو ديتهما إن عفا عنهما وإن سرت الجراحات كلها
فعليهما القصاص في النفس لأن جنايتهما صارت نفساً وفي ذلك وفي القصاص في
الطرف اختلاف وقد ذكرناه ، وإن عفا عنهما فعليهم الدية أثلاثاً وفيما يستحقه
السيد وجهان .

أحدهما : أقل الأمرين من نصف — القيمة أو ثلث الدية ، هذا قياس قول
أبي بكر لأنه بالقطع استحق نصف — القيمة فإذا صارت نفساً وجب فيها ثلث الدية
فكان له أقل الأمرين .

والثاني : له أقل الأمرين من ثلث القيمة أو ثلث الدية لأن الجناية إذا صارت
نفساً كان الاعتبار بما آلت إليه ، ألا ترى أنه لو جنى الجانيان الآخران قبل العتق
أيضاً لم يكن على الأول إلا ثلث القيمة فلا يزيد حقه بالعتق كما لو قلع رجل عينه
ثم باعه سيده ثم قطع آخر يده وآخر رجله ثم مات فإنه يكون للأول ثلث القيمة
وإن كان أرش الجناية نصف — القيمة فإذا قلنا بالوجه الأول فلو كان الأول قطع
أصبعيه أو هشمه والجانيان في الحرية قطعاً يده فالدية عليهم أثلاثاً للسيد منها
أقل الأمرين من أرش الأصبع وهو عشر القيمة أو ثلث الدية . ولو كان الجاني
في حال الرق قطع يديه والجانيان في الحرية قطعاً رجله وجبت الدية أثلاثاً

وكان للسيد منها أقل الأمرين من جميع قيمته أو ثلث الدية ، وعلى الوجه الآخر يكون له في الفرعين أقل الأمرين من ثلث القيمة أو ثلث الدية .

(فصل) فإن كان الجانيان في حال الرق والواحد في حال الحرية فمات فعليه الدية ، وللسيد من ذلك في أحد الوجهين أقل الأمرين من أرش الجنائيتين أو ثلثي الدية وعلى الآخر أقل الأمرين من ثلثي القيمة أو ثلثي الدية .

(فصل) وإن كان الجناة أربعة واحد في الرق وثلاثة في الحرية ومات كان للسيد في أحد الوجهين الأقل من أرش الجناية أو ربع الدية وعلى الآخر الأقل من ربع القيمة أو ربع الدية ، وإن كان الثلاثة في الرق والواحد في الحرية كان للسيد أقل الأمرين من أرش الجنائيات وثلاثة أرباع الدية في أحد الوجهين ، وفي الآخر الأقل من ثلاثة أرباع القيمة أو ثلاثة أرباع الدية ، ولو كانوا عشرة واحد في الرق وتسعة في الحرية ، فالدية عليهم ، وللسيد فيها بحسب ما ذكرنا على اختلاف الوجهين .

(فصل) فإن قطع يده ثم اعتق فقطع آخر رجله ، ثم عاد الأول فقتله بعد الاندمال فعليه القصاص للورثة ونصف القيمة للسيد ، وعلى الآخر القصاص للورثة في الرجل أو نصف الدية ، فإن كان قبل الاندمال فعلى الجاني الأول القصاص في النفس دون اليد لأنه قطعها في رقه ، فإن اختار الورثة القصاص في النفس سقط حق السيد ، لأنه لا يجوز أن يستحق عليه النفس ، وأرش الطرف قبل الاندمال فإن الطرف داخل في النفس في الارش . وإن اختاروا العفو فعليه الدية دون أرش الطرف ، لأن أرش الطرف يدخل في النفس ، وللسيد أقل الأمرين من نصف القيمة أو أرش الطرف والباقي للورثة . وأما الثاني فعليه نصف القصاص في الرجل لأن القتل قطع سرايتها ، فصار كما لو اندملت ، فإن عفا عنه فعليه القصاص في النفس ، وهل يقطع طرفه ؟ على روايتين ، فإن عفا الورثة فعليه دية واحدة ، وأما الأول فعليه نصف القيمة للسيد ولا قصاص عليه . وإن كان القاتل ثالثا فقد استقر القطعان ، ويكون على الأول نصف القيمة لسيد ، وعلى الثاني القصاص في الرجل أو نصف الدية لورثته ، وعلى الثالث القصاص في النفس أو الدية .

(فصل)

وإذا قطع رجل يد عبده ثم أعتقه ، ثم اندمل جرحه فلا قصاص عليه ولا ضمان ، لأنه إنما قطع يد عبده ، وإنما استقر بالاندمال ما وجب بالجراح ، وإن مات بعد العتق بسراية الجرح فلا قصاص فيه ، لأن الجناية كانت على مملوكه ، وفي وجوب الضمان وجهان . أحدهما : لا يجب شيء ، لأنه مات بسراية جرح غير مضمون ، أشبه ما لو مات بسراية القطع في الحد وسراية القود ، ولأننا تبينا أن القطع كان قتلا فيكون قاتلا لعبده فلا يلزمه ضمانه كما لو لم يعتقه .
والثاني يضمه بما زاد على أرش القطع من الدية ، لأنه مات وهو حر بسراية قطع عدوان فيضمن ، كما لو كان القاطع أجنبيا لكن يسقط أرش القطع لأنه في ملكه ، ويجب الزائد لورثته ، فإن لم يكن له وارث سواء وجب لبيت المال ، ولا يرث السيد شيئا لأن القاتل لا يرث .

مسألة ، قال (وإذا قتل رجل اثنين واحداً بعد واحد ، فاتفق أولياء الجميع على القود أقيد لها ، وإن أراد ولي الأول القود والثاني الدية أقيد للأول وأعطى أولياء الثاني الدية من ماله ، وكذلك إن أراد أولياء الأول الدية والثاني القود)

وجملة ذلك أنه إذا قتل اثنين فاتفق أولياؤهما على قتله بهما قتل بهما ، وإن أراد أحدهما القود والآخر الدية قتل لمن أراد القود ، وأعطى أولياء الثاني الدية من ماله ، سواء كان المختار للقود الثاني أو الأول ، وسواء قتلها دفعة واحدة أو دفعتين ، فإن بادر أحدهما فقتله وجب للآخر الدية في ماله أيهما كان .

وقال أبو حنيفة ومالك : يقتل بالجماعة ليس لهم إلا ذلك ، فإن طلب بعضهم الدية فليس له ، وإن بادر أحدهم فقتل سقط حق الباقي ، لأن الجماعة لو قتلوا واحداً قتلوا به ، فكذلك إذا قتلهم واحد قتل بهم كالواحد بالواحد .

وقال الشافعي : لا يقتل إلا بواحد ، سواء اتفقوا على طلب القصاص أو لم يتفقوا ، لأنه إذا كان لكل واحد استيفاء القصاص فاشترأ كلهم في المطالبة لا يوجب تداخل حقوقهم كسائر الحقوق .

ولنا على أبي حنيفة قول النبي صلى الله عليه وسلم : من قتل له قتيلا فاهله

بين خيرتين : إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا العقل ، فظاهر هذا أن أهل كل قتل يستحقون ما اختاروه من القتل أو الدية . فإذا اتفقوا على القتل وجب لهم ، وإن اختار بعضهم الدية وجب له بظاهر الخبر ، ولأنها جنايتان لا يتداخلان إذا كانتا خطأ أو أحدهما فلم يتداخل في العمد كالجنايات على الأطراف وقد سلموها .

ولنا على الشافعي : أنه محل تعلق به حقان لا يتسع لهما معا رضى المستحقان به عنهما فيكتفى به ، كما لو قتل عبد عبيدين خطأ فرضى بأخذه عنهما ؛ ولأنهما رضيا بدون حقهما لحاز ، كما لو رضى صاحب الصحيحة بالسلا ، أو ولي الحر بالعبد وولي المسلم بالكافر ، وفارق ما إذا كان القتل خطأ ، فإن الجناية تجب في الذمة ، والذمة تتسع لحقوق كثيرة ، وما ذكره مالك وأبو حنيفة فليس بصحيح ، فإن الجماعة قتلوا بالواحد لثلاث يؤدي الاشتراك إلى إسقاط القصاص تغليظا للقصاص ، ومبالغة في الزجر . وفي مسألتنا ينعكس هذا ، فإنه إذا علم أن القصاص واجب عليه بقتل واحد ، وإن قتل الثاني والثالث لا يزداد به عليه حق بادر إلى قتل من يريد قتله وفعل ما يشتهي فعله فيصير هذا كإسقاط القصاص عنه ابتداء مع الدية .

(فصل)

وإن طلب كل ولي قتله بولييه مستقلا من غير مشاركة قدم الأول لأن حقه أسبق ولأن المحل صار مستحقا له بالقتل الأول ، فإن عفا ولي الأول فلولي الثاني قتله ، وإن طالب ولي الثاني قبل طلب الأول بعث الحاكم إلى ولي الأول فأعلمه ، وإن بادر الثاني فقتله أساء وسقط حق الأول إلى الدية ، وإن كان ولي الأول غائبا أو صغيرا أو مجنونا انتظر ، وإن عفا أولياء الجميع إلى الديات فلم ذلك ، وإن قتلهم دفعة واحدة وتشاحوا في المستوفى أقرع بينهم ، فقدم من تقع له القرعة لتساوي حقوقهم ، وإن بادر غيره فقتله استوفى حقه ويسقط حق الباقيين إلى الدية وإن قتلهم متفرقا وأشكل الأول ، أو ادعى كل ولي أنه الأول ولا بينة لهم فأقر القاتل لأحدهم قدم بإقراره ؛ وإن لم يقر أقرعنا بينهم لاستواء حقوقهم .

(فصل) وإن قطع بيني رجلين فالحكم فيه كالحكم في النفس على ما ذكرنا من التفصيل والاختلاف ، إلا أن أصحاب الرأي قالوا : يقاد لهما جميعا ، ويغرم لهما

دية اليد في ماله نصفين : وهذا لا يصح لانه يفضى الى ايجاب القود في بعض
العضو والدية في بعضه ، والجمع بين البدل والمبدل في محل واحد ، ولم يرد الشرع
به ، ولا له نظير يقاس عليه .

(فصل) وان قطع يد رجل ثم قتل آخر ، ثم سرى القطع الى نفس المقطوع
فمات فهو قاتل لها ، فاذا تشاحا في المستوفى للقتل قتل بالذى قتله ، لان وجوب
القتل عليه أسبق : فان القتل بالذى قطعه انما وجب عند السراية ، وهي متأخرة
عن قتل الآخر

وأما القطع فان قلنا انه يستوفى منه مثل ما فعل ، فانه يقطع له أولا ، ثم يقتل
للذى قتله ، ويجب للأول نصف الدية ، وان قلنا : لا يستوفى القطع ، وجبت له
الدية كاملة ، ولم يقطع طرفه ، ويحتمل أن يجب له القطع على كل حال ، لان القطع
انما يدخل في القتل عند استيفاء القتل ، فاذا تعذر استيفاء القتل وجب استيفاء
الطرف لوجوب مقتضيه ، وعدم المانع من استيفائه كما لو لم يسر ولو كان قطع
اليد لم يسر الى النفس ، فانه يقطع يده أولا ثم يقتل ، وسواء تقدم القطع أو تأخر
وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك : يقتل ولا يقطع ، لانه اذا قتل تلف
الطرف فلا فائدة في القطع ، فأشبه ما لو كانا لواحد .

ولنا أنها جنايتان على رجلين فلم يتداخل كقطع يدي رجلين ، وما ذكره من
القياس غير صحيح ، لانه قد قال لو قطع يد رجل ثم قتله يقصد المثلة به قطع وقتل
ونحن نوافقه على هذا في رواية ، فقد حصل الاجماع منا ومنهم على انتفاء التداخل
في الاصل فكيف نقيس عليه ؟ ولكنه ينقلب دليلا عليه ، فنقول : قطع وقتل
فيستوفى منه ، مثل ما فعل ، كما لو فعله برجل واحد يقصد المثلة به ، ويثبت الحكم
في محل النزاع بطريق التنبيه ، فانه اذا لم يتداخل حق الواحد فحق الاثنين أولى
ويبطل بهذا ما قاله من المعنى .

(فصل) وان قطع أصبعها من يمين رجل ويمينا لآخر : وكان قطع الاصبع
أسبق قطعت أصبعه قصاصا ، وخير الآخر بين العفو الى الدية وبين القصاص
وأخذ دية الاصبع ، ذكره القاضى ، وهو اختيار ابن حامد ، ومذهب الشافعى لانه
وجد بعض حقه ، فكان له استيفاء الموجود وأخذ بدل المفقود ، كن تلف مثليا

لرجل فوجد بعض المثل. وقال أبو بكر: يخير بين القصاص ولا شيء له معه، وبين الدية، هذا قياس قوله وهو مذهب أبي حنيفة، لأنه لا يجمع في عضو واحد بين قصاص ودية كالنفس، وإن كان قطع اليد سابقا على قطع الأصبع قطعت يمينه قصاصا ولصاحب الأصبع أرشها، ويفارق هذا ما إذا قتل رجلا، ثم قطع يد آخر حيث قدما استيفاء القطع مع تأخره، لأن قطع اليد لا يمنع التكافؤ في النفس، بدليل أنا نأخذ كامل الأطراف بناقصها وأن ديتها واحدة، ونقص الأصبع يمنع التكافؤ في اليد، بدليل أنا لا نأخذ الكاملة بالناقصة واختلاف ديتها وإن عفا صاحب اليد قطعت الأصبع لصاحبها إن اختار قطعها.

«مسألة، قال (وإذا جرحه جرحا يمكن الاقتصاص منه بلا حيف اقتصر منه)»

وجملة ذلك أن القصاص يجري فيما دون النفس من الجروح إذا أمكن للنص والاجماع، أما النص فقول الله تعالى (والجروح قصاص) وروى أنس بن مالك « أن الربيع بنت النضر بن أنس كسرت ثنية جارية فعرضوا عليهم الأرض فأبوا إلا القصاص، فجاء أخوها أنس بن النضر فقال : يا رسول الله تكسر ثنية الربيع ؟ والذي بعثك بالحق لا تكسر ثنيتهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم : يا أنس كتاب الله القصاص . قال : فعفا القوم ، فقال للنبي صلى الله عليه وسلم : إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره ، متفق عليه .

وأجمع المسلمون على جريان القصاص فيما دون النفس إذا أمكن ، ولأن ما دون النفس كالنفس في الحاجة إلى حفظه بالقصاص ، فكان كالنفس في وجوبه .

(فصل) ويشترط لوجوب القصاص في الجروح ثلاثة أشياء :

أحدها : أن يكون عمدا محضا ، فأما الخطأ فلا قصاص فيه اجماعا ، ولأن الخطأ لا يوجب القصاص في النفس وهي الأصل ففيها دونها أولى ولا يجب بعمد الخطأ وهو أن يقصد ضربه بما لا يفضي إلى ذلك غالبا ، مثل أن يضربه بحصاة لا يوضح مثلها فتوضحه فلا يجب به القصاص لأنه شبه العمد ، ولا يجب القصاص إلا بالعمد المحض ، وقال أبو بكر يجب به القصاص ولا يراعى فيه ذلك لعموم الآية

الثاني : التكافؤ بين الجارح والمجروح وهو أن يكون الجاني يقاد من المجنى عليه لو قتله كالحرم المسلم مع الحر المسلم ، فأما من لا يقتل بقتله فلا يقتص منه فيها دون النفس له كالمسلم مع الكافر والحر مع العبد والآب مع ابنه لأنه لا تؤخذ نفسه بنفسه فلا يؤخذ طرفه بطرفه ولا يجرحه بجرحه كالمسلم مع المستأمن .

الثالث : إمكان الاستيفاء من غير حيف ولا زيادة لأن الله تعالى قال (وإن عاقبتم فاعقبوا بثل ما عوقبتم به) وقال (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولأن دم الجاني معصوم إلا في قدر جنايته فما زاد عليها يبقى على العصمة فيحرم استيفاؤه بعد الجناية كتحريره قبلها ومن ضرورة المنع من الزيادة المنع من القصاص لأنها من لوازمه فلا يمكن المنع منها إلا بالمنع منه ، وهذا لا خلاف فيه نعلمه .

ومن منع القصاص فيما دون الموضحة الحسن والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي ومنعه في العظام عمر بن عبد العزيز وعطاء والنخعي والزهرى والحكم وابن شبرمة والثوري والشافعي وأصحاب الرأي

إذا ثبت هذا فإن الجرح الذي يمكن استيفاؤه من غير زيادة هو كل جرح ينتهي إلى عظم كالموضحة في الرأس والوجه ولا نعلم في جواز القصاص في الموضحة خلافاً وهي كل جرح ينتهي إلى العظم في الرأس والوجه ، وذلك لأن الله تعالى نهى عن القصاص في الجروح فلو لم يجب هنا لسقط حكم الآية ، وفي معنى الموضحة كل جرح ينتهي إلى عظم فيما سوى الرأس والوجه كالساعد والعضد والساق والفخذ في قول أكثر أهل العلم وهو منصوص الشافعي .

وقال بعض أصحابه : لا قصاص فيها لأنه لا يقدر فيها وليس بصحيح لقول الله تعالى (والجروح قصاص) ولأنه أمكن استيفاؤها بغير حيف ولا زيادة لانتهائها إلى عظم فهي كالموضحة والتقدير في الموضحة ليس هو المقتضى للقصاص ولا عدمه مانعاً ، وإنما كان التقدير في الموضحة لكثرة شديتها وشرف محلها ولهذا قدر ما فوقها من شجاج الرأس والوجه ولا قصاص فيه ، وكذلك الجائفة أرشها مقدر لا قصاص فيه .

(فصل) ولا يستوفى القصاص فيما دون النفس بالسيف ولا بآلة يخشى منها

الزيادة سواء كان الجرح بها أو غيرها لأن القتل إنما يستوفى بالسيف لأنه آله وليس ثمة شيء يخشى التعدي إليه فيجب أن يستوفى ما دون النفس بآله ويتوفى ما يخشى منه الزيادة إلى محل لا يجوز استيفاءه ولا تقا منعنا القصاص بالكلية فيما يخشى الزيادة في استيفائه فلأن تمنع الآلة التي يخشى منها ذلك أولى ، فإن كان الجرح موضحة أو ما أشبهها فبالموسى أو حديدة ماضية معدة لذلك ولا يستوفى في ذلك إلا من له علم بذلك كالجراحى ومن أشبهه فإن لم يكن للولى علم بذلك أمر بالاستنابة ، وإن كان له علم ، فقال القاضى ظاهر كلام أحمد أنه يمكن منه لأنه أحد نوعى القصاص فيمكن من استيفائه إذا كان يحسن كالقتل ، ويحتمل أن لا يمكن من استيفائه بنفسه ولا يليه إلا نائب الامام أو من يستنييه ولى الجناية وهذا مذهب الشافعى لأنه لا يؤمن مع العداوة وقصد التشقى الحيف فى الاستيفاء بما لا يمكن تلافيه وربما أفضى الى النزاع والاختلاف بأن يدعى الجانى الزيادة وينكرها المستوفى .

فصل

وإذا أراد الاستيفاء من موضحة وشبهها فإن كان على موضعها شعر حلقه ويعمد الى موضع الشجة من رأس المشجوج فيعلم منه طولها بخشبة أو خيط ويضعها على رأس الشاج ويعلم طرفه بخط بسواد أو غيره ويأخذ حديدة عرضها كعرض الشجة فيضعها فى أول الشجة ويجرها الى آخرها ، ويأخذ مثل الشجة طولاً وعرضاً ولا يراعى العمق ، لأن حده العظم ، ولوروعى العمق لتعذر الاستيفاء لأن الناس يختلفون فى قلة اللحم وكثرته ، وهذا كما يستوفى فى الطرف مثله ؛ وإن اختلفا فى الصغر والكبر والدقة والغلظ ، ويراعى الطول والعرض لأنه ممكن ، فإن كان رأس الشاج والمشجوج سواء استوفى قدر الشجة ، وإن كان رأس الشاج أصغر لكنه يتسع للشجة استوفيت أن استوعب رأس الشاج كله وهى بعض رأس المشجوج ، لأنه استوفاه بالمساحة ولا يمنع الاستيفاء زيادتها على مثل موضعها من رأس الجانى لأن الجميع رأسه ، وإن كان قدر الشجة يزيد على رأس الجانى فإنه يستوفى الشجة من جميع رأس الشاج ، ولا يجوز أن ينزل إلى جبهته لأنه يقتصر

في عضو آخر غير العضو الذي جنى عليه ؛ وكذلك لا ينزل الى قفاه لما ذكرناه ، ولا يستوفي بقية الشجرة في موضع آخر من رأسه لانه يكون مستوفيا لموضحتين وواضعا للحديدة في غير الموضع الذي وضعها فيه الجاني .

واختلف أصحابنا فيماذا يصنع ؟ فذكر القاضي أن ظاهر كلام أبي بكر أنه لا أرش له فيما بقي كيلا يجتمع قصاص ودية في جرح واحد ، وهذا مذهب أبي حنيفة ، فعلى هذا يتخير بين الاستيفاء في جميع رأس الشاج ولا أرش له وبين العفو الى دية موضحة .

وقال أبو عبد الله بن حامد وبعض أصحابنا : له أرش ما بقي ، وهو مذهب الشافعي لأنه تعذر القصاص فيما جنى عليه فكان له أرشه كما لو تعذر في الجميع فعلى هذا تقدر شجرة الجاني من الشجرة في رأس المجنى عليه ويستوفي أرش الباقي ، فإن كانت بقدر ثلثها فله ثلث أرش موضحة ، وإن زادت أو نقصت عن هذا فالحساب من أرش الموضحة ولا يجب له أرش موضحة كاملة لئلا يفضى الى إيجاب القصاص ودية موضحة في موضحة واحدة فإن أوضحه في جميع رأسه ورأس الجاني أكبر فله جنى عليه أن يوضع منه بقدر مساحة موضحته من أى الطرفين شاء لانه جنى عليه في ذلك الموضع كله وإذا استوفي قدر موضحته ثم تجاوزها واعترف أنه عهد ذلك فعليه القصاص في ذلك القدر فإذا اندملت موضحته استوفي منه القصاص في موضع الاندمال لأنه موضع الجناية ، وإن ادعى الخطأ فالقول قوله لأنه محتمل وهو أعلم بقصده وعليه أرش موضحة :

فإن قيل : فهذه الموضحة كلها لو كانت عدوانا لم يجب فيها الا دية موضحة فكيف يجب في بعضها دية موضحة ؟ قلنا : لان المستوفي لم يكن جناية انما الجناية الزائد والزائد لو انفرد لكان موضحة فكذلك اذا كان معه ما ليس بجناية بخلاف ما اذا كانت كلها عدوانا فإن الجميع جناية واحدة .

(فصل) وإذا أوضحه في جميع رأسه ورأس الجاني أكبر فأحب أن يستوفي القصاص بعضه من مقدم الرأس وبعضه من مؤخره ، احتمل أن يمنع منه لأنه يأخذ موضحتين بواحدة وديتهما مختلفه واحتمل الجواز لأنه لا يجاوز موضع الجناية ولا قدرها الا أن يقول أهل الخبرة ان في ذلك زيادة ضرر أو شين

فلا يفعل ولاصحاب الشافعي كهذين ، فإن كان رأس المجنى عليه أكبر فأوضحه الجاني في مقدمه ومؤخره موضحتين قدرهما جميع رأس الجاني فله الخيار بين أن يوضحه موضحة واحدة في جميع رأسه أو يوضحه موضحتين يقتصر في كل واحدة منهما على قدر موضحته ولا أرش لذلك وجهاً واحداً لأنه ترك الاستيفاء مع امكانه ، وإن عفا إلى الارش فله أرش موضحتين وإن شاء اقتصر من أحدهما وأخذدية الأخرى (فصل) وإذا كانت الجناية في غير الرأس والوجه فكانت في ساعد فزادت على ساعد الجاني لم ينزل إلى الكف ولم يصعد إلى العضد ، وإن كانت في الساق لم ينزل إلى القدم ولم يصعد إلى الفخذ لأنه عضو آخر فلا يقتصر منه كما لم ينزل من الرأس إلى الوجه ولم يصعد من الوجه إلى الرأس .

(فصل) وإذا شج في مقدم رأسه أو مؤخره عرضاً شجة لا يتسع لها مثل ذلك الموضع من رأس الشاج فأراد أن يستوفي من وسط الرأس فيما بين الأذنين لسكونه يتسع لمثل تلك الموضحة ففيه وجهان . أحدهما : لا يجوز . لأنه غير الموضع الذي شجه فيه فلم يجز له الاستيفاء منه كما لو أمكنه استيفاء حقه من محل شجته ، واحتمل أن يجوز لأن الرأس عضو واحد فإذا لم يمكنه استيفاء حقه من محل شجته جاز من غيره كما لو شجه في مقدم رأسه شجة قدرها جميع رأس الشاج جاز اتمام استيفائها في مؤخر رأس الجاني وهذا منصوص الشافعي ، وهكذا يخرج فيما إذا كان الجرح في موضع من الساق والقدم والذراع والعضد ، وإن أمكن الاستيفاء من محل الجناية لم يجز العدول عنه وجهاً واحداً .

« مسألة ، قال (وكذلك إذا قطع منه طرفاً من مفصل قطع منه مثل ذلك المفصل إذا كان الجاني يقاد من المجنى عليه لو قتله) »

أجمع أهل العلم على جريان القصاص في الاطراف وقد ثبت ذلك بتو له تعالى (العين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص) وبخبر الربيع بنت النضر بن أنس ويشترط اجريان القصاص فيها شروط خمسة . أحدها : أن يكون عمداً على ما أسلفناه .

والثاني : أن يكون المجنى عليه مكاناً للجاني بحيث يقاد به لو قتله .

والثالث : أن يكون الطرف متساويا للطرف ولا يؤخذ صحيح بأشل ولا كاملة الأصابع بناقصة ولا أصلية بزائدة . ولا يشترط التساوى في الدقة والغلظ والصغر والكبر والصحة والمرض لأن اعتبار ذلك يفضى إلى سقوط القصاص بالكافة .

والرابع : الاشتراك في الاسم الخاص فلا تؤخذ يمين بيسار ولا يسار بيمين ولا أصبع بمخالفة لها ولا جفن أو شفة إلا بمثلها

والخامس : إمكان الاستيفاء من غير حيف وهو أن يكون القطع من مفصل فإن كان من غير مفصل فلا قصاص فيه من موضع القطع بغير خلاف نعلمه وقد روى نمر بن جابر عن أبيه أن رجلا ضرب رجلا على ساعده بالسيف فقطعها من غير مفصل فاستعدي عليه النبي صلى الله عليه وسلم فأمر له بالدية ، فقال إني أريد القصاص قال ، خذ الدية بارك الله لك فيها ، ولم يقض له بالقصاص رواه ابن ماجة .

(فصل : وفي قطع اليد ثمان مسائل)

أحدها . قطع الأصابع من مفاصلها فالقصاص واجب لأن لها مفاصل ويمكن القصاص من غير حيف ، وإن اختار الدية فله نصفها لأن في كل أصبع عشر الدية . الثانية . قطعها من نصف الكف فليس له القصاص من موضع القطع لأنه ليس بمفصل فلا يؤمن الحيف فيه . وإن أراد قطع الأصابع ففيه وجهان . أحدهما ليس له ذلك وهذا اختيار أبي بكر لأنه يقتص من غير موضع الجناية فلم يجز كما لو كان القطع من الكوع ، يحققه أن امتناع قطع الأصابع إذا قطع من الكوع إنما كان لعدم مقتضى أو وجود مانع وأيهما كان فهو متحقق إذا كان القطع من نصف الكف . والثاني . له قطع الأصابع ذكره أصحابنا ؛ وهو مذهب الشافعي لأنه يأخذ دون حقه لمجزه عن استيفاء حقه فأشبه ما لو شجعه هاشمة فاستوفى موضحة ؛ ويفارق ما إذا قطع من الكوع لأنه أمكنه استيفاء حقه فلم يجز له العدول إلى غيره ، وهل له حكومة في نصف الكف ؟ فيه وجهان .

أحدهما : ليس له ذلك لأنه يجمع بين القصاص والأثرش في عضو واحد فلم يجز كما لو قطع من الكوع .

والثاني . له أرش نصف الكف لانه حق له تعذر استيفاؤه فوجب أرشه كسائر ما هذا حاله . وان اختار الدية فله نصفها لان قطع اليد من الكوع لا يوجب أكثر من نصف الدية فما دونه أولى .

الثالثة : قطع من الكوع فله قطع يده من الكوع لانه مفصل وليس له قطع الاصابع لانه غير محل الجناية فلا يستوفى منه مع امكان الاستيفاء من محلها .
الرابعة . قطع من نصف الذراع فليس له أن يقطع من ذلك الموضع لانه ليس بمفصل ؛ وقد ذكرنا الخبر الوارد فيه فله نصف الدية وحكومة في المقطوع من الذراع ، وهل له أن يقطع من الكوع ؟ فيه وجهان كما ذكرنا فيمن قطع من نصف الكف ، ومن جوز له القطع من الكوع فعنده في وجوب الحكومة لما قطع من الذراع وجهان ، ويخرج أيضا في جواز قطع الاصابع وجهان ؛ فإن قطع منها لم يكن له حكومة في الكف لانه أمكنه أخذه قصاصا فلم يكن له طلب أرشه ، كما لو كانت الجناية من الكوع .

الخامسة : قطع من المرفق فله القصاص منه لانه مفصل وليس له القطع من الكوع لانه أمكنه استيفاء حقه بكأله والاقتصاص من محل الجناية عليه فلم يجر له العدول الى غيره ، وان عفا الى الدية فله دية اليد وحكومة للساعد .

السادسة : قطعها من العضد فلا قصاص فيها في أحد الوجهين وله دية اليد وحكومة للساعد وبعض العضد ، والثاني له القصاص من المرفق ، وهل له حكومة في الزائد ؟ على وجهين ، وهل له القطع من الكوع ؟ يحتمل وجهين

السابعة : قطع من المنكب فالواجب القصاص لانه مفصل ، وان اختار الدية فله دية اليد وحكومة لما زاد .

الثامنة : خلع عظم المنكب ويقال له مشط الكف فيرجع فيه الى اثنين من ثقات أهل الخبرة ، فإن قالوا يمكن الاستيفاء من غير أن تصير جائعة استوفى والا صار الامر الى الدية ، وفي جواز الاستيفاء من المرفق أو ما دونه مثل ما ذكرنا في نظائره ومثل هذه المسائل في الرجل ، والساق كالذراع ؛ والفخذ كالعضد والورك كعظم الكتف ، والقدم كالكف

مسألة ، قال (وليس في المأمومة ولا في الجائفة قصاص)

المأمومة شجاج الرأس ، وهي التي تصل الى جلدة الدماغ وتسمى تلك الجلدة أم الدماغ لأنها تجمعها ، فالشجة الواصلة اليها تسمى مأمومة وآمة لوصولها إلى أم الدماغ ، والجائفة في البدن ، وهي التي تصل الى الجوف ، وليس فيهما قصاص عند أحد من أهل العلم نعله إلا ما روى عن ابن الزبير أنه قص من المأمومة ، فأنكر الناس عليه وقالوا ما سمعنا أحداً قص منها قبل ابن الزبير .

ومن لم ير في ذلك قصاصاً مالك والشافعي وأصحاب الرأي .

وروى عن علي رضي الله عنه لا قصاص في المأمومة ، وقاله مكحول والزهرى والشعبي ، وقال عطاء والنخعي لا قصاص في الجائفة .

وروى ابن ماجه في سننه عن العباس بن عبد المطلب عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ، لا قود في المأمومة ولا في الجائفة ولا في المنقلة ، ولأنها جرحان لا تؤمن الزيادة فيها فلم يجب فيهما قصاص ككسر العظام

(فصل) وليس في شيء من شجاج الرأس قصاص سوى الموضحة ، وسواء في ذلك ما دون الموضحة كالخارصة والبازلة والباضعة والمتلاحمة والسمحاق وما فوقها ، وهي الهاشمة والمنقلة والآمة وبهذا قال الشافعي ، فأما ما فوق الموضحة فلا نعلم أحداً أوجب فيها القصاص إلا ما روى عن ابن الزبير أنه أقاد من المنقلة وليس بثابت عنه . ومن قال به عطاء وقتادة وابن شبرمة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي . قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً خالف ذلك ، ولأنهما جرحان لا تؤمن الزيادة فيهما أشبه المأمومة والجائفة ، وأما ما دون الموضحة فقد روى عن مالك وأصحاب الرأي أن القصاص يجب في الدامية والباضعة والسمحاق .

ولأنها جراحة لا تنتهي الى عظم فلم يجب فيها قصاص كالمأمومة ، ولأنه لا يؤمن فيها الزيادة فأشبه كسر العظام ، وبيان ذلك أنه ان اقتصر من غير تقدير أفضى الى أن يأخذ أكثر من حقه ، وان اعتبر مقدار العمق أفضى الى أن يقتصر من الباضعة والسمحاق موضحة ومن الباضعة سمحاقاً ، لأنه قد يكون لحم المشجوج

كثيرا بحيث يكون عمق باضعته كوضحة الشاج أو سمحاقة ، ولاتنا لم نعتبر في الموضحة قدر عمقها فكذلك في غيرها ، وهذا قال الحسن وأبو عبيد

(فصل) وإن كانت الشجة فوق الموضحة فأحب أن يقتصر موضحة بجاز ذلك بغير خلاف بين أصحابنا ، وهو مذهب الشافعي لأنه يقتصر على بعض حقه ويقتصر من محل جنائته ، فإنه إنما يضع السكين في موضع وضعها الجاني لأن سكين الجاني وصلت إلى العظم ثم تجاوزته بخلاف قاطع الساعد فإنه لم يضع سكينه في الكوع ، وهل له أرش ما زاد على الموضحة ؟ فيه وجهان :

أحدهما ليس له ذلك ، وهو اختيار أبي بكر لأنه جرح واحد فلا يجمع فيه بين قصاص ودية ، كما لو قطع الشلاء بالصحيحة ، وكما في الانفس إذا قتل المسلم بالكافر والعبد بالحر .

والثاني له أرش ما زاد على الموضحة ، اختاره ابن حامد وهو مذهب الشافعي لأنه تعذر القصاص فيه فانتقل إلى البدل ، كما لو قطع أصبعيه ولم يكن الاستيفاء إلا من واحدة ، وفارق الشلاء بالصحيحة لأن الزيادة ثم من حيث المعنى وليست متميزة بخلاف مسألتنا .

مسألة ، قال (وتقطع الاذن بالاذن)

أجمع أهل العلم على أن الاذن تؤخذ بالاذن ، وذلك لقول الله تعالى (والاذن بالاذن) ولأنها تنتهي إلى حد فاصل فأشبهت اليد ، وتؤخذ الكبيرة بالصغيرة ، وتؤخذ أذن السميع بأذن السميع ، وتؤخذ أذن الأصم بكل واحدة منهما لتساويهما فإن ذهاب السمع نقص في الرأس لأنه محله وليس بنقص فيها وتؤخذ الصحيحة بالمشقوبة لأن الثقب ليس بعيب ، وإنما يفعل في العادة للقرط والتزين به ، فإن كان الثقب في غير محله أو كانت مخرومة أخذت بالصحيحة ولم تؤخذ الصحيحة بها لأن الثقب إذا انخرم صار نقصا فيها والثقب في غير محله عيب ، ويخير المجنى عليه بين أخذ الدية إلا قدر النقص وبين أن يقتصر فيما سوى المعيب ويتركه من أذن الجاني ؛ وفي وجوب الحكم له في قدر الثقب وجهان ، وإن قطعت بعض أذنه فله أن يقتصر من أذن الجاني ، وتقدير ذلك بالاجزاء فيؤخذ النصف بالنصف

والثلث بالثلث وعلى حساب ذلك ، وقال بعض أصحاب الشافعى : لا يجرى القصاص فى العض لأنه لا ينتهى إلى حد .

ولنا أنه يمكن تقدير المقطوع ؛ وليس فيها كسر عظم فجرى القصاص فى بعضها كالذكر ، وبهذا ينتقض ما ذكره .

(فصل) وتؤخذ الأذن المستحشفة بالصحيحة ، وهل تؤخذ الصحيحة بها ؟ فيه وجهان . أحدهما لا تؤخذ بها لأنها ناقصة معيبة فلم تؤخذ بها الصحيحة ، كاليد الشلاء وسائر الأعضاء . والثانى تؤخذ بها لأن المقصود منها جمع الصوت ، وحفظ محل السمع والجمال ، وهذا يحصل بها كحصوله بالصحيحة بخلاف سائر الأعضاء .

(فصل) وإن قطع أذنه فأبانتها فالصقها صاحبها فالتصقت وثبتت ، فقال القاضى يجب القصاص ، وهو قول الثورى والشافعى وإسحاق لأنه وجب بالإبانة وقد وجدت الإبانة . وقال أبو بكر لا قصاص فيها ، وهو قول مالك لأنها لم تبين على الدوام فلم يستحق إبانة أذن الجانى دواما ، وإن سقطت بعد ذلك قريبا أو بعيداً فله القصاص ويرد ما أخذ ، وعلى قول أبي بكر إذا لم تسقط له دية الأذن ، وهو قول أصحاب الرأى ، وكذلك قول الأولين إذا اختار الديه ، وقال مالك : لا عقل لها إذا عادت مكانها ، فأما إن قطع بعض أذنه فالتصق فله أرش الجرح ولا قصاص فيه ، وإن قطع أذن إنسان فاستوفى منه فالصق الجانى أذنه فالتصقت وطلب المجنى عليه إبانته لم يكن له ذلك لأن الإبانة قد حصت والقصاص قد استوفى فلم يبق له قبله حق ، فأما إن كان المجنى عليه لم يقطع جميع الأذن إنما قطع بعضها فالتصق كان للمجنى عليه قطع جميعها لأنه استحق إبانة جميعها ولم يكن إبانه والحكم فى السن كالحكم فى الأذن .

(فصل) ومن ألصق أذنه بعد إبانته أو سنه فهل تلزمه إبانته ؟ فيه وجهان مبنيان على الروايتين فيما بان من الأدعى هل هو نجس أو طاهر ؟ إن قلنا هو نجس لزمته إزالتها لم يخف الضرر بإزالتها كالألو جبر عظمه بعظم نجس ، وإن قلنا بطهارتها لم تلزمه إزالتها ، وهذا اختيار أبى بكر وقول عطاء بن أبى رباح وعطاء الخراسانى وهو الصحيح لأنه جزء آدمى طاهر فى حياته وموته فكان طاهراً كحالة

اتصاله ، فاما إن قطع بعض أذنه فالتصق لم تلزمه إبانته لأنها ظاهرة على الروايتين جميعا لأنها لم تصر مبنية لعدم إبانته ولا قصاص فيها . قاله القاضي وهو مذهب الشافعي لأنه لا يمكن المماثلة في المقطوع منها

« مسألة ، قال (والانف بالانف)

وأجمعوا على جريان القصاص في الانف أيضاً للآية والمعنى ، ويؤخذ الكبير بالصغير والاقنى بالافطس وأنف الاشم بأنف الاخشم الذي لا يشم لان ذلك لعله في الدماغ والانف صحيح ، كما تؤخذ أذن السميع بأذن الاصم ، وإن كان بأنفه جذام أخذ به الانف الصحيح مالم يسقط منه شيء لان ذلك مرض ، فإن سقط منه شيء لم يقطع به الصحيح إلا أن يكون من أحد جانبيه فيأخذ من الصحيح ، مثل ما بقي منه أو يأخذ أرش ذلك ، والذي يجب فيه القصاص أو الدية هو المارن ، وهو ما لان منه دون قصبة الانف لان ذلك حد ينتهي اليه فهو كاليد يجب القصاص فيما انتهى إلى الكوع ، وإن قطع الانف كله مع القصبة فعليه القصاص في المارن وحكومة للقصبة ، هذا قول ابن حامد ومذهب الشافعي

وفيه وجه آخر أنه لا يجب مع القصاص حكومة كي لا يجتمع في عضو واحد قصاص ودية ، وقياس قول أبي بكر أنه لا يجب القصاص ههنا لانه يضع الحديدة في غير الموضع الذي وضعها الجاني فيه فلم يملك ذلك ، كقوله فيمن قطع اليد من نصف الذراع أو الكف

وذكر القاضي ههنا كقول أبي بكر وفي نظائره مثل قول ابن حامد ، ولا يصح التفريق مع التساوي ، وإن قطع بعض الانف قدر بالاجزاء وأخذ منه بقدر ذلك كقولنا في الاذن ولا يؤخذ بالمساحة لثلاث يفضى الى قطع جميع انف الجاني لصغره ببعض انف المجنى عليه لكبره ؛ ويؤخذ المنخر الايمن بالايمن والايسر بالايسر ولا يؤخذ أيمن بايسر ولا ايسر بأيمن ؛ ويؤخذ الحاجز بالحاجز لانه يمكن القصاص فيه لانتهاؤه الى حد

« مسألة ، قال (والذكر بالذكر)

لأنهم بين أهل العلم خلافا في أن القصاص يجري في الذكر لقوله تعالى

(والجروح قصاص) ولأن له حداً ينتهى اليه ويمكن القصاص فيه من غير حيف فوجب فيه القصاص كالأنف ، ويستوى في ذلك ذكر الصغير والكبير ، والشاب والشاب ، والذكر الكبير والصغير ، والصحيح والمريض ، لأن ما وجب فيه القصاص من الأطراف لم يختلف بهذه المعاني كذلك الذكر ، ويؤخذ كل واحد من المختون والأغلف بصاحبه لأن الغلفة زيادة تستحق إزالتها فهي كالمعدومة .

وأما ذكر الخصى والعنين فذكر الشريف أن غيرهما لا يؤخذ بهما وهو قول مالك لأنه لا منفعة فيهما لأن العنين لا يطأ ولا ينزل والخصى لا يولد له ولا ينزل ولا يكاد يقدر على الوطء ، فمما كالأشمل ، ولأن كل واحد منهما ناقص فلا يؤخذ به الكامل كاليد الناقصة بالكامل .

وقال أبو الخطاب : يؤخذ غيرهما بهما في أحد الوجهين وهو مذهب الشافعي لأنهما عضوان صحيحان يتقبضان وينبسطان فيؤخذ بهما غيرهما كذكر الفحل غير العنين ، وإنما عدم الإنزال لذهاب الخصية والعنة لعلة في الظاهر فلم يمنع ذلك من القصاص بهما كاذن الأصم وأنف الأخرس .

وقال القاضي : لا يؤخذ ذكر الفحل بالخصى لتحقيق نقصه والاياس من بره وفي أخذه بذكر العنين وجهان

أحدهما : يؤخذ به غيره لأنه غير مأبوس من زوال عنته ، ولذلك يؤجل سنة بخلاف الخصى ، والصحيح الأول فإنه إذا ترددت الحال بين كونه مساوياً للآخر وعدمه لم يجب القصاص ، لأن الأصل عدمه فلا يجب بالشك ، سيما وقد حكمنا بانتفاء التساوى لقيام الدليل على عنته وثبوت عيبه ، ويؤخذ كل واحد من الخصى والعنين بمثله لتساويهما كما يؤخذ العبد بالعبد والذمي بالذمي

(فصل) ويؤخذ ببعضه ببعضه ، ويعتبر ذلك بالأجزاء دون المساحة فيؤخذ النصف بالنصف والربع بالربع ، وما زاد أو نقص فبحسب ذلك على ما ذكرناه في الأنف والأذن

• مسألة ، قال (والاثنيان بالاثنيين)

ويجوز القصاص في الاثنيين لما ذكرنا من النص والمعنى ، لا نعلم فيه خلافاً

فإن قطع أحدهما وقال أهل الخبرة إنه يمكن أخذها مع سلامة الأخرى جاز .
فإن قالوا لا يؤمن تلف الأخرى لم تؤخذ خشية الحيف ويكون فيها نصف الدية
وإن أمن تلف الأخرى أخذت اليمنى باليمنى واليسرى باليسرى لما ذكرناه في غيرها
(فصل) وفي القصاص في شفرى المرأة وجهان . أحدهما لا قصاص فيهما
لأنه لحم لا مفصل له ينتهى إليه فلم يجب فيه قصاص كالحم الفخذين ، هذا قول القاضى
والثانى فيهما القصاص لأن انتهاءهما معروف فأشبهها الشفتين وجفنى العين ، وهذا
قول أبى الخطاب ولا أصحاب الشافعى وجهان كهذين .

(فصل) وإن قطع ذكر خنثى مشكل أو أنثيه أو شفرى به فاختار القصاص
لم يكن له قصاص فى الحال ويقف الأمر حتى يتبين حاله ، لا تال لا نعلم أن
المقطوع عضو أصلى ، وإن اختار الدية وكان يرجى انكشاف حاله أعطينا البقين
فيكون له حكمه فى المقطوع ، وإن كان قد قطع جميعها فله دية امرأة فى
الشفرين وحكمه فى الذكر والأنثيين ، وإن ينس من انكشاف حاله أعطى نصف
دية الذكر والأنثيين ونصف دية الشفرين وحكمه فى نصف ذلك كله .

(فصل) يجب القصاص فى الإليتين الناتنتين بين الفخذين والظهر بجانبى الدبر
هذا ظاهر مذهب الشافعى ، وقال المزنى : لا قصاص فيهما لأنهما لحم متصل بلحم
فأشبه لحم الفخذ .

ولنا قوله تعالى (والجروح قصاص) ولأن لها حداً ينتهيان إليه فجرى
القصاص فيهما كالذكر والأنثيين .

مسألة ، قال (وتقلع العين بالعين)

أجمع أهل العلم على القصاص فى العين ، وعن بلغنا قوله فى ذلك مسروق
والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والزهرى والثوري ومالك والشافعى
واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وروى عن علي رضى الله عنه ، والأصل فيه
قول الله تعالى (والعين بالعين) ولأنها تنهى إلى مفصل فجرى القصاص فيها كاليد
وتؤخذ عين الشاب بعين الكبير المريضة ، وعين الصغير بعين الكبير والأعمش ،
ولا تؤخذ صحيحة بقاءة لأنه يأخذ أكثر من حقه .

فصل

فإن قلع عينه بأصبعه لم يحز أن يقتض بأصبعه لأنه لا يمكن المماثلة فيه ، وإن لطمه فذهب ضوء عينه لم يحز أن يقتض منه باللطفة لأن المماثلة فيها غير ممكنة ولهذا لو انفردت من إذهاب الضوء لم يجب فيها قصاص ويجب القصاص في البصر فيعالج بما يذهب ببصره من غير أن يقطع عينه ، كما روى يحيى بن جعدة أن اغرايياً قدم بحلوبة له إلى المدينة فساومه فيها مولى لعثمان بن عفان رضى الله عنه فتنازعه فلطمه ففقأ عينه ، فقال له عثمان هل لك أن أضف لك الدية وتعفو عنه ؟ فإني فرفعهما إلى على رضى الله عنه فدعا على بمرآة فأحماها ثم وضع القطن على عينه الأخرى ثم أخذ المرأة بكلبتين فأدناها من عينه حتى سال إنسان عينه ، وإن وضع فيها كافوراً يذهب بضوئها من غير أن يحز على الحدة جاز ، وإن لم يمكن إلا بالجناية على العضو سقط القصاص لتعذر المماثلة .

وذكر الناضى أنه يقتض منه باللطفة فيلطمه المجنى عليه مثل لطمته فإن ذهب ضوء عينه وإلا كان له أن يذهب بما ذكرنا ، وهذا مذهب الشافعى ، وهذا لا يصح فإن اللطفة لا يقتض منها منفردة فلا يقتض منها إذا سرت إلى العين كالشجة إن كانت دون الموضحة ، ولأن اللطفة إذا لم تكن في العين لا يقتض منها بمثلها مع الأمن من افساد العضو في العين فمع خوف ذلك أولى ، ولأنه قصاص فيها دون النفس فلم يحز بغير الآلة المعدة كالموضحة .

وقال القاضي : لا يجب القصاص إلا أن تكون اللطفة تذهب بذلك غالباً فإن كانت لا تذهب به غالباً فذهب فهو شبه عمد لا قصاص فيه وهو قول الشافعى لأنه فعل لا يغضى إلى الفوات غالباً فلم يجب به القصاص كشبه العمد في النفس وقال أبو بكر : يجب القصاص بكل حال لعموم قوله (والعين بالعين) ولأن اللطفة إذا أسالت إنسان العين كانت بمنزلة الجرح ولا يعتبر في الجرح الإفضاء إلى التلف غالباً .

(فصل) فلو لطم عينه فذهب بصرها وابتضت وشخصت فإن أمكن معالجة عين الجاني حتى يذهب بصرها وتبيض وتتشخص من غير جناية على الحدة فعل

ذلك وان لم يمكن الا ذهاب بعض ذلك مثل أن يذهب البصر دون أن تبيض
وتشخص فعليه حكومة للذي لم يمكن القصاص فيه كما لو جرح هاشمة فانه يقتص
موضحة وياخذ أرش باقي جرحه ، وعلى قول أبي بكر : لا يستحق مع القصاص
أرش ، وقال القاضي : اذا اقتص منه يعنى لطمه مثل لطمته فذهب ضوء عينه ،
ولم تبيض ولم تشخص فان أمكن معالجتها حتى تبيض وتشخص من غير ذهاب
الحدة فعله ، وان تعذر ذلك فلا شيء عليه كما لو اندملت موضحة المجنى عليه
وحشه قبيحة وموضحة الجاني حسنة جميلة لم يجب شيء كذلك ههنا وهذا بناء على
أن اللطمة حصل بها القصاص كما حصل بجرح الموضحة وقد بينا فساد هذا .

(فصل)

وان شجه شجة دون الموضحة فأذهب ضوء عينه لم يقتص منه مثل شجته
بغير خلاف فعله لانها لا قصاص فيها اذا لم يذهب ضوء العين فكذلك اذا ذهب
ويعالج ضوء العين بمثل ما ذكرنا في اللطمة .

وان كانت الشجة فوق الموضحة فله أن يقتص موضحة وهل له أرش الزيادة
عليها ؟ فيه وجهان ، وان ذهب ضوء العين والا استعمل فيه ما يزيله من غير أن
يجنى على الحدة ، وان شجه موضحة فله أن يقتص منها وحكم القصاص في البصر
على ما ذكرنا من قبل .

واختلف أصحاب الشافعي في القصاص في البصر في هذه المواضع كلها فقال
بعضهم : لا قصاص فيه لانه لا يجب بالسراية كما لو قطع أصبعه فسرى القطع
الى التي تليها فأذهبها عندهم ، وقال بعضهم : يجب القصاص ههنا قولاً واحداً
لان ضوء العين لا يمكن مباشرته بالجنابة فيقتص منه بالسراية كالنفس فيقتص
من البصر كما ذكرنا فيما قبل هذا .

(فصل) اذا قلع الأعور عين صحيح فلا قود وعليه دية كاملة روى ذلك
عن عمر وعثمان رضي الله عنهما ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء ، وقال الحسن
والنخعي : ان شاء اقتص وأعطاه نصف دية ، وقال مالك : ان شاء اقتص
وان شاء أخذ دية كاملة .

وقال مسروق والشعبي وابن سيرين وابن مغفل والثوري والشافعي وأصحاب الرأي

وإن المنذر . له القصاص ولا شيء عليه وإن عفا فله نصف الدية لقول الله تعالى (والعين بالعين) وجعل النبي صلى الله عليه وسلم في العينين الدية ولأنها إحدى شيئين فيهما الدية فوجب القصاص من له واحدة أو نصف الدية كما لو قطع الأقطع يد من له يدان .

ولنا قول عمر وعثمان رضي الله عنهما ولم نعرف لهما مخالفا في عصرهما ولأنه لم يذهب بجميع بصره فلم يجز له الاقتصاص منه بجميع بصره كما لو كان ذا عينين وأما إذا قطع يد الأقطع فلنا فيه منع ومع التسليم فالفرق بينهما أن يد الأقطع لا تقوم مقام اليدين في النفع الحاصل بهما بخلاف عين الأعور فإن النفع الحاصل بالعينين حاصل بها وكل حكم يتعلق بصحيح العينين يثبت في الأعور مثله ولهذا صح عتقه في الكفارة دون الأقطع .

فأما وجوب الدية كاملة عليه ، وهو قول مالك فلا نه لما دفع عنه القصاص مع إمكانه لفصيلته ضوعفت الدية عليه كالمسلم إذا قتل ذميا عمداً ، ولو قاع الأعور إحدى عيني الصحيح خطأ لم يلزمه إلا نصف الدية بغير اختلاف لعدم المعنى المقتضى لتضعيف الدية .

(فصل) ولو قاع الأعور عين مثله ففيه القصاص بغير خلاف لتساويهما من كل وجه إذا كانت العين مثل العين في كونها يميناً أو يساراً : وإن عفا إلى الدية فله جميعها ، وكذلك إن قاعها خطأ أو عفا بعض مستحق القصاص لأنه ذهب بجميع بصره فأشبه ما لو قاع عين صحيح .

(فصل) وإن قاع الأعور عين صحيح فقال القاضي : هو بخير إن شاء اقتص ولا شيء له سوى ذلك لأنه قد أخذ جميع بصره ، فإن اختار الدية فله دية واحدة لقول النبي صلى الله عليه وسلم : وفي العينين الدية ، لأنه لم يتعذر القصاص فلم تنضاعف الدية كما لو قطع الأشل يد صحيح أو كان رأس الشاج أصغر أو يد القاطع أنقص .

وقال القاضي . يقتضى الفقه أن يلزمه ديتان . إحداهما : للعين التي تقابل عينه والدية الثانية : لأجل العين الناتئة لأنها عين أعور : والصحيح ما قلنا وهو قول أكثر أهل العلم وأشد موافقة للنصوص وأصح في المعنى .

(فصل) وان قلاع صحيح العينين عين أعور فله القصاص من مثلها ويأخذ نصف الدية ، نص عليه أحد لانه ذهب بجميع بصره وأذهب الضوء الذي بدله دية كاملة ، وقد تعذر استيفاء جميع الضوء إذ لا يمكن أخذ عينين بعين واحدة ولا أخذ عين يسرى فوجب الرجوع بيدل نصف الضوء ، ويحتمل أنه ليس له الا القصاص من غير زيادة أو العفو على الدية كما لو قطع الاشل بدأ صحيحة ولان الزيادة ههنا غير متميزة فلم يكن لها بدل كزيادة الصحيحة على الشلاء هذا مع عموم قوله تعالى (والعين بالعين) .

(فصل) وان قطع الاقطع يد من له يدان فعليه القصاص ، وان قطعت رجل الاقطع أو يده فله القصاص أو نصف الدية لان يد الاقطع لا تقوم مقام يديه في الانتفاع والبطش ولا يحزى في العتق عن الكفارة بخلاف عين الاعور فإنها تقوم مقام عينيه جميعاً . وقال القاضى : ان كانت المقطوعة أولا قطعت ظهراً أو قصاصاً ففي الباقية نصف الدية رواية واحدة ، وان كانت الاولى قطعت في سبيل الله ففي الثانية روايتان ، احدهما : نصف الدية ، والثانية دية كاملة لانه عطل منافعه من العضوين جملة ، وأما ان قطع الاقطع يد من ليس باقطع ، فإن قلنا ان في يد الاقطع دية كاملة فلا قصاص .

وان قلنا لا تكمل فيها الدية فالقصاص واجب فيها واللائق بالفقه ما ذكرناه أولا والتعليل بتفويت منفعة العضوين ينتقض بما اذا قطعت الاولى قصاصاً ، والقياس على عين الاعور غير صحيح لما بينهما من الفرق ، فاما ان قطعت أذن من قطعت احدى أذنيه فليس له الا نصف الدية رواية واحدة ، وان قطع هو أذن ذي أذنين وجب عليه القصاص بغير خلاف علمناه لا في المذهب ولا في غيره لان نفع كل أذن لا يتعلق بالآخرى .

(فصل) ويؤخذ الجفن بالجفن لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولانه يمكن القصاص فيه لانه يتهائى الى مفصل ، وهذا مذهب الشافعى ، ويؤخذ جفن البصير بجفن البصير والضرير وجفن الضرير بكل واحد منهما لانهما تساويا في السلامة من النقص وعدم البصر نقص في غيره لانه يمنع أخذ أحدهما بالآخر كالأذن اذا عدم السمع منها .

« مسألة ، قال (والسن بالسن)

أجمع أهل العلم على القصاص في السن للآية وحديث الربيع ولأن القصاص فيها يمكن لأنها محدودة في نفسها فوجب فيها القصاص كالعين ، وتؤخذ الصحيحة بالصحيحة وتؤخذ المكسورة بالصحيحة لأنه يأخذ بعض حقه وهل يأخذ مع القصاص أرش الباقي ؟ فيه وجهان ذكرناهما فيما مضى .

(فصل) ولا يقتص إلا من سن من أثغر أى سقطت رواقعه ثم نبتت ، يقال لمن سقطت رواقعه ثغر فهو مشغور ، فإذا نبتت قيل أثغر وأثغر لغتان ، وإن قلع سن من لم يشغر لم يقتص من الجاني في الحال . وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لأنها تعود بحكم العادة فلا يقتص منها كالشعر ، ثم إن عاد بدل السن في محلها مثلها على صفتها فلا شيء على الجاني كإلحاق قلع شعرة ثم نبتت ، وإن عادت ماثلة عن محلها أو متغيرة عن صفتها كان عليه حكومة لأنها لو لم تعد ضمن السن . فإذا عادت ناقصة ضمن ما نقص منها بالحساب ففي ثلثها ثلث ديتها ، وفي ربعها ربعها وعلى هذا ، وإن عادت والدم يسيل ففيها حكومة لأنه نقص حصل بفعله ، وإن مضى زمن عودها ولم تعد سئل أهل العلم بالطب

فإن قالوا : قد يئس من عودها فالمجنى عليه بالخيار بين القصاص أو دية السن فإن مات المجنى عليه قبل الإياس من عودها فلا قصاص لأن الاستحقاق له غير متحقق فيكون ذلك شبهة في درته وتجب الدية لأن القلع موجود والعود مشكوك فيه ويحتمل أنه إذا مات قبل مجيء وقت عودها أن لا يجب شيء لأن العادة عودها فأشبهه ما لو حلق شعره فمات قبل نباته ، فأما إن قلع سن من قد أثغر وجب القصاص له في الحال لأن الظاهر عدم عودها وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . وقال القاضي : يسأل أهل الخبرة فإن قالوا : لا تعود فله القصاص في الحال ، وإن قالوا : يرجع عودها إلى وقت ذكره لم يقتص حتى يأتي ذلك الوقت ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لأنها تحتمل العود فأشبهت سن من لم يشغر . وإذا ثبت هذا : فإنها إن لم تعد بعد فلا كلام ، وإن عادت لم يجب قصاص ولا دية ، وهذا قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر لا يسقط

الأرض لأن هذه السن لا تستخلف عادة ، فإذا عادت كانت هبة مجددة ، ولذلك لا ينتظر عودها في الضمان .

ولنا أنها سن عادت فسقط الأرض كسن من لم يشفر وندرة وجودها لا يمنع ثبوت حكمها إذا وجدت ، فعلى هذا إن كان أخذ الأرض رده ، وإن كان استوفى القصاص لم يجوز قلع هذه قصاصا لأنه لم يقصد العدوان ، وإن عادت سن الجاني دون سن المجنى عليه ففيه وجهان . أحدهما لا تعلق لثلا يأخذ سنين بسن واحدة وإنما قال الله تعالى (السن بالسن) . والثاني تعلق وإن عادت مرات لأنه قلع سنه وأعدمها فكان له إعدام سنه ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين .

(فصل) وإن قلع سنأ فاقص منه ثم عادت سن المجنى عليه فقلعها الجاني ثانية فلا شيء عليه لأن سن المجنى عليه لما عادت وجب للجاني عليه دية سنه فلما قلعها وجب على الجاني ديته للمجنى عليه فقد وجب لكل واحد منها دية سن فيتقاصان .

مسألة ، قال (وإن كسر بعضها برد من سن الجاني مثله)

وجملته أن القصاص جار في بعض السن لأن الربيع كسرت سن جارية فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص ، ولأن ما جرى القصاص في جملته جرى في بعضه إذا أمكن كالأذن فيقدر ذلك بالاجزاء فيؤخذ النصف بالنصف والثلث بالثلث وكل جزء بمثله ولا يؤخذ ذلك بالمساحة كيلا يفضى الى أخذ جميع سن الجاني ببعض سن المجنى عليه ، ويكون القصاص بالمبرد ليؤمن أخذ الزيادة ، فإنما لو أخذناها بالكسر لم نأمن أن تصدع أو تنقطع أو تنكسر من غير موضع القصاص ولا يقتصر حتى يقول أهل الخبرة إنه يؤمن انقلاعها أو السواد فيها ، لأن توهم الزيادة يمنع القصاص في الاعضاء كما لو قطعت يده من غير مفصل ، فإن قيل فقد أجزتم القصاص في الاطراف مع توهم سرايتها الى النفس فلم منعتم منه لتوهم السراية الى بعض العضو؟ قلنا وهم السراية الى النفس لا سبيل الى التحرز منه ، فلو اعتبرناه في المنع لسقط القصاص في الاطراف بالكلية فسقط اعتباره ، أما السراية الى بعض العضو فتارة نقول إنما منع القصاص فيها احتمال الزيادة

في الفعل لا في السراية مثل من يستوفي بعض الذراع فإنه يحتمل أن يفعل أكثر مما فعل به ، وكذلك من كسر سناً ولم يصدعها فكسر المستوفي سنه وصدعها أو قلعها أو كسر أكثر مما كسر فقد زاد على المثل ، والقصاص يعتمد المماثلة ، وتارة نقول ان السراية في بعض العضو إنما منع إذا كانت ظاهرة ، ومثل هذا يمنع في النفس ولهذا منعناه من الاستيفاء بآلة كالة أو مسمومة ، وفي وقت إفراط الحرارة أو البرودة تحرراً من السراية .

(فصل) ومن قلع سناً زائدة وهي التي تنبت فضلة في غير سمات الاسنان خارجة عنها إما الى داخل الفم وإما الى الشفة وكانت للجاني مثلها في موضعها فللمجنى عليه القصاص أو أخذ حكومة في سنه ، وإن لم يكن له مثلها في محلها فليس للمجنى عليه الا الحكومة ، وإن كانت احدى الزائدين أكبر من الأخرى ففيه وجهان . أحدهما . لا تؤخذ الكبرى بالصغرى ، لأن الحكومة فيها أكبر فلا يقطع بها ما هو أقل قيمة منها .

والثاني : تؤخذ بها لأنها سنان متساويان في الموضع فتؤخذ كل واحدة منها بالأخرى كالأصليتين ، ولأن قول الله تعالى (والسن بالسن) عام فيدخل فيه محل النزاع ، وإن قلنا يثبت القياس في الزائدين بالاجتهاد فالثابت بالاجتهاد معتبر بما ثبت بالنص واختلاف القيمة لا يمنع القصاص ، بدليل جريانه بين العبيد وبين الذكر والأنثى في النفس والأطراف ، على أن كبر السن لا يوجب كثرة قيمته فإن السن الزائدة نقص وعيب وكثرة العيب زيادة في النقص لا في القيمة ، ولأن كبر السن الأصلية لا يزيد قيمتها فالزائدة كذلك .

(فصل)

ويؤخذ اللسان باللسان لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولأن له حداً ينتهي اليه فاقص منه كالعين ، ولا نعلم في هذا خلافاً . ولا يؤخذ لسان ناطق بلسان أخرس لأنه أفضل منه ، ويؤخذ الأخرس بالناطق لأنه بعض حقه ويؤخذ بعض اللسان ببعض لأنه أمكن القصاص في جميعه فأمكن في بعضه كالسن ، ويقدر ذلك بالأجزاء ويؤخذ منه بالحساب .

(فصل) وتؤخذ الشفة بالشفة ، وهى ما جاوز الذقن والحدين علواً وسفلاً لقول الله تعالى (والجروح قصاص) ولأن له حداً ينتهى اليه يمكن القصاص منه فوجب كاليدين .

مسألة ، قال : ولا تؤخذ يمين ييسار ولا يسار يمين (

هذا قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك والشافعى وأصحاب الرأى ، وحكى عن ابن سيرين وشريك أن احداهما تؤخذ بالآخرى لانهما يستويان فى الخلقة والمنفعة .

ولنا أن كل واحدة منهما تختص باسم فلا تؤخذ احداهما بالآخرى كاليد مع الرجل ، فعلى هذا كل ما انقسم الى يمين ويسار كاليدين والرجلين والاذنين والمنخرين والثديين والإليتين والاثنتين لا تؤخذ احداهما بالآخرى .

(فصل) وما انقسم الى أعلى وأسفل كالجفنين والشفتين لا يؤخذ الأعلى بالأسفل ولا الأسفل بالأعلى لما ذكرنا ، ولا تؤخذ أصبع بأصبع الا أن يتفقا فى الاسم والموضع ، ولا تؤخذ أنملة بأنملة الا أن يتفقا فى ذلك ، ولا تؤخذ عليا بسفلى ولا وسطى ، والوسطى والسفلى لا تؤخذان بغيرهما ، ولا تؤخذ السن بالسن الا أن يتفق موضعهما واسمهما ولا تؤخذ أصبع ولا سن أصلية بزائدة ولا زائدة بأصلية ولا زائدة بزائدة فى غير محلها لما ذكرناه .

(فصل) ومالا يجوز أخذه قصاصا لا يجوز بتراضيهما واتفاقهما عليه ، لان الدماء لا تستباح بالاستباحة والبذل ، ولذلك لو بذلها له ابتداء لا يحل أخذها ، ولا يحل لحد قتل نفسه ولا قطع طرفه فلا يحل لغيره بذله ، فلو تراضيا على قطع احدى اليدين بدلا عن الاخرى فقطعها المقتص سقط القود لان القود سقط فى الاولى بإسقاط صاحبها ، وفى الثانية بإذن صاحبها فى قطعها ودياتها متساوية . وهذا قول أبى بكر ، ولذلك قال : لو قطع المقتص اليد الاخرى عدوانا لسقط القصاص لانها تساويا فى الالم والدية والاسم فتقاصا وتساقطا ، ولان إيجاب القصاص يفضى الى قطع يدى كل واحد منهما وازهاب منفعة الجنس والحاق الضرر العظيم بهما جميعا ، ولا تفريع على هذا القول لوضوحه ، وكل واحد من القطعين

مضمون بسرايته لأنه عدوان ، وقال ابن حامد : إن كان أخذها عدوانا فلكل واحد منها القصاص على صاحبه ، وإن أخذها بتراضيها فلا قصاص في الثانية لرضا صاحبها بئذ لها واذنه في قطعها ؛ وفي وجوبه في الأولى وجهان أحدهما : يسقط لما ذكرنا . والثاني : لا يسقط لأنه رضى بتركه بعوض لم يثبت فكان له الرجوع إلى حقه كما لو باعه ساعة بخمر وقبضه إياه ، فعلى هذا له القصاص إلا أنه لا يقتص إلا بعد اندمال الأخرى وللجاني دية يده ، فإذا وجب للجاني عليه دية يده وكانت الديتان واحدة تقاصا ، وإن كانت إحداهما أكبر من الأخرى كالرجل مع المرأة وجب القصاص لصاحبه .

(فصل) وإذا قال المقتص للجاني أخرج يمينك لا قطعها فأخرج يساره فقطعها فعلى قول أبي بكر يجزى ذلك ، سواء قطعها عالما بها أو غير عالم ، وعلى قول ابن حامد إن أخرجها عمدا عالما بأنها يساره وإنها لا تجزى . فلا ضمان على قاطعها ولا قود لأنه بذلها بإخراجها لها لا على سبيل العوض ، وقد يقوم الفعل في ذلك مقام النطق ؛ بدليل أنه لا فرق بين قوله خذ هذا فكله وبين استدعاء ذلك منه فيعطيه إياه ، ويفارق هذا ما لو قطع يد إنسان وهو ساكت لأنه لم يوجد منه البذل وينظر في المقتص فإن فعل ذلك عالما بالحال عذر لأنه ممنوع منه لحق الله تعالى ، وهل يسقط القصاص في اليمين ؟ على وجهين . أحدهما : يسقط لأن قاطع اليسار تعدى بقطعها ، ولأنه قطع إحدى يديه فلم يملك قطع اليد الأخرى كما لو قطع يد السارق اليسرى مكان يمينه فإنه لا يملك قطع يمينه

والوجه الثاني : أنه لا يسقط وهو مذهب الشافعي ، وفرقوا بين القصاص وقطع السارق من ثلاثة أوجه . أحدها : أن الحد مبني على الإسقاط بخلاف القصاص . والثاني : أن اليسار لا تقطع في السرقة وإن عدمت يمينه لأنه يفوت منفعة الجنس في الحد بخلاف القصاص . والثالث : أن اليد لو سقطت بأكلة أو قصاص سقط القطع في السرقة لحاز أن يسقط بقطع اليسار ، بخلاف القصاص فإنه لا يسقط وينتقل إلى البدل لكن لا تقطع يمينه حتى تندمل يساره لئلا يؤدي إلى ذهاب نفسه

فإن قيل أليس لو قطع يمين رجل ويسار آخر لم يؤخر أحدهما إلى اندمال

الأخر؟ قلنا الفرق بينهما أن القطعين مستحقان قصاصاً فلماذا جمعنا بينهما، وفي مسألتنا أحدهما غير مستحق فلم نجمع بينهما، فإذا اندمجت اليسار قطعنا اليمين فإن سرى قطع اليسار إلى نفسه كانت هدرأ ويجب في تركته دية اليمين لتعذر الاستيفاء فيها بموته، وإن قال المقتص منه لم أعلم أنها اليسار أو ظننت أنها تجزىء عن اليمين نظرت في المستوفى فإن علم أنها يساره وأنها لا تكون قصاصاً ضمنها بديتها ويعزر، وقال بعض الشافعية عليه القصاص لأنه قطعها مع العلم بأنه ليس له قطعها

ولنا: أنه قطعها ببذل صاحبها فلم يجب عليه القصاص كما لو علم باذللها، وإن كان جاهلاً فلا تعزير عليه وعليه الضمان بالدية لأنه بذلها على وجه البذل فكانت مضمونة عليه، ولأنها مضمونة لو كان القاطع عالماً بها، وما وجب ضمانه في العمد وجب في الخطأ كاتلاف المال، والقصاص باق له في اليمين ولا تقطع حتى تندمل اليسار فإذا اندمجت فله قطع اليمين فإن عفا وجب بذلها ويتقاصان وإن سرت اليسار إلى نفسه كانت مضمونة بالدية الكاملة وقد تعذر قطع اليمين ووجب له نصف الدية فيتقاصان به ويبقى نصف الدية لورثة الجاني

وإن اختلفا في بذلها فقال الجاني إنما بذلتها بدلا عن اليمين. وقال المجنى عليه بذلتها في غير عوض أو قال أخرجتها دهشة. فقال: بل عالماً. قال قول الجاني لأنه أعلم بنيتها ولأن الظاهر أن الإنسان لا يبذل طرفه للقطع تبرعاً مع أن عليه قطعاً مستحقاً، وهذا مذهب الشافعي، وإن كان باذل اليسار مجنوناً مثل أن يجب بعد وجوب القصاص عليه فعلى قاطعها ضمانها بالقصاص إن كان عالماً وبالدية إن كان مخطئاً لأن بذل المجنون ليس بشبهة

وإن كان من له القصاص مجنوناً ومن عليه القصاص عاقلاً فأخرج إليه يساره أو يمينه فقطعها ذهبت هدرأ لأنه لا يصح منه الاستيفاء ولا يجوز البذل له ولا ضمان عليه لأنه أتلّفها ببذل صاحبها لكن إن كان المقطوع اليمى فقد تعذر استيفاء القصاص فيها لتلفها فيكون للمجنون ديتها، وإن وثب المجنون عليه فقطع يده التي لا قصاص فيها فعلى عاقلته ديتها وله القصاص في الأخرى؛ وإن قطع الأخرى فهو مستوفى حقه في أحد الوجهين، لأن حقه متعين فيها، فإذا أخذها قهراً سقط حقه كما لو أتلّف وديعته.

والثاني : لا يسقط حقه وله عقل يده وعقل يد الجاني على عاقلته لأن المجنون لا يصح منه الاستيفاء ويفارق الوديعة إذا أتلقها لأنها تلفت بغير تفريط وليس لها بدل إذا تلفت بذلك واليد بخلافه فإنها لو تلفت بغير تفريط كانت عليه ديته وكذلك الصغير وكذلك الحكم فيهما إذا قتلا قاتل أبيهما عمداً ، وإن اقتصا من الجاني مالا تحمله عاقلته كما دون الثلث كقطع أصبع ونحوها سقط حقهما لأن ذلك يقتضى الدية في ذمتها ولهما في ذمة الجاني مثل ذلك فيقتصاصان ، وإن كانت ديتهم مختلفة كالمسلم والذمي والرجل والمرأة ، فإن قلنا : يكونان مستوفيين لحقهما بالقطع لم يبق لهما حق كما لو أتلقا وديعتهم ، وإن قلنا : لا يكونان مستوفيين بقاص من الديتين بقدر الأدنى منهما ووجب الفضل للصبي والمجنون ، وإن كانت الجناية عليهما أو على وليهما خطأ تحمله العاقلة فاستوفيا القصاص لم يسقط حقهما وجبا واحداً وكانت دية من استوفيا منه على عاقلتها مؤجلة ودية الجناية عليهما أو على وليهما على عاقلة الجاني مؤجلة .

(فصل)

وسراية القود غير مضمونة ومعناه أنه إذا قطع طرفاً يجب القود فيه فاستوفى منه المجنن عليه ثم مات الجاني بسراية الاستيفاء لم يلزم المستوفى شيء ، وبهذا قال الحسن وابن سيرين ومالك والشافعي وإسحاق وأبو يوسف ومحمد وابن المنذر ؛ وروى ذلك عن أبي بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم .

وقال عطاء وطاوس وعمر بن دينار والحارث العسكلي والشعبي والنخعي والزهرى وأبو حنيفة : عليه الضمان ، قال أبو حنيفة : عليه كمال الدية في ماله ، وقال غيره هي على عاقلته لأنه فوت نفسه ولا يستحق إلا طرفه فلزمته ديته كما لو ضرب عنقه ولأنها سراية قطع مضمون فكانت مضمونة كسراية الجناية والدليل على أنه مضمون أنه مضمون بالقطع الأول لأنه في مقابله .

ولنا أن عمر وعلي رضي الله عنهما قالا : من مات من حد أو قصاص لا دية له ، الحق قتله ، رواه سعيد بمعناه ولأنه قطع مستحق مقدر فلا تضمن سرايته كقطع السارق وفارق ما قاسوا عليه فإنه ليس ما فعله مستحقاً . ٢١ - ٨ المعنى

إذا ثبت هذا فلا فرق بين سرايته الى النفس بأن يموت منها أو الى ما دونها
مثل أن يقطع أصبعاً فتسرى الى كفه .

(فصل) وسراية الجناية مضمونة بلا خلاف لأنها أثر الجناية والجناية
مضمونة فكذلك أثرها ثم إن سرت الى النفس وما لا يمكن مباشرته بالاتلاف
مثل أن يهشمه في رأسه فيذهب ضوء عينيه وجب القصاص فيه ولا خلاف في
ذلك في النفس ، وفي ضوء العين خلاف قد ذكرناه فيها تقدم ، وإن سرت الى
ما يمكن مباشرته بالاتلاف مثل أن يقطع أصبعاً فتأكلت أخرى وسقطت من
مفصل ففيه القصاص أيضاً في قول إمامنا وأبي حنيفة ومحمد بن الحسن ، وقال
أكثر الفقهاء لا قصاص في الثانية ونجس ديتها لأن ما أمكن مباشرته بالجناية
لا يجب القود فيه بالسراية كما لو رمى سهما ففرق منه الى آخر .

ولنا أن ما وجب فيه القود بالجناية وجب بالسراية كالنفس وضوء العين
ولأنه أحد نوعي القصاص فأشبهه ما ذكرناه وفارق ما ذكرناه فإن ذلك فعل وليس
بسراية ولأنه لو قصد ضرب رجل فأصاب آخر لم يجب القصاص ولو قصد قطع
إبهامه فقطع سبابته وجب القصاص ولو ضرب إبهامه ففرق الى سبابته وجب
القصاص فيهما فافترقا ولأن الثانية تلفت بفعل أو جب القصاص فوجب القصاص
فيها كما لو رمى إحداها ففرق الى الأخرى .

فأما أن يقطع أصبعاً فشلت الى جانبها أخرى وجب القصاص في المقطوعة
حسب والارش في الشلاء وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة لا قصاص
فيهما ويجب أرشهما جميعاً لأن حكم السراية لا ينفرد عن الجناية بدليل ما لو
سرت الى النفس فإذا لم يجب القصاص في إحداها لم يجب في الأخرى .

ولنا أنها جناية موجبة للقصاص لو لم تسر فأوجبته إذا سرت كاتى تسرى
الى سقوط أخرى وكما لو قطع يد حبل فسرى الى جنينها وبهذا يبطل ما ذكره
وفارق الأصل لأن السراية مقتضية للقصاص كاقضاء الفعل له فاستوى حكمهما
وهما بخلافه ولأن ما ذكره غير صحيح فإن القطع إذا سرى الى النفس سقط
القصاص في القطع ووجب في النفس بخالف حكم الجناية حكم السراية فسقط ما قاله
إذا ثبت هذا . فإن الارش يجب في ماله ولا تحمله العاقلة لأنه جناية عمد

وإنما لم يجب القصاص فيه لعدم المائلة في القطع والشلل فإذا قطع أصبعه فشلت أصابعه الباقية وكفه فعفا عن القصاص وجب له نصف الدية ، وإن اقتص من الأصبع فله في الأصابع الباقية أربعون من الإبل ويتبعها ما حاذاها من الكف وهو أربعة أخماسه فيدخل أرشه فيها ويبقى خمس الكف فيه وجهان .

أحدهما : يتبعها في الأرض ولا شيء فيه .

والثاني : فيه الحكومة لأن ما يقابل الأربع تبعها في الأرض لاستوائهما في الحكم ، وحكم التي اقتص منها مخالف لحكم الأرض فلم يتبعها .

(فصل) ولا يجوز القصاص في الطرف إلا بعد اندمال الجرح في قول أكثر أهل العلم . منهم النخعي والثوري وأبو حنيفة ومالك وإسحاق وأبو ثور وروى ذلك عن عطاء والحسن .

قال ابن المنذر : كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى الانتظار بالجرح حتى يبرأ ويتخرج لنا أنه يجوز الاقتصاص قبل البرء بناء على قولنا إنه إذا سرى إلى النفس يفعل كما فعل وهذا قول الشافعي ، قال ولو سأل القود ساعة قطعت أصبعه أقدمته لما روى جابر أن رجلاً طعن رجلاً بقرن في ركبته فقال يا رسول الله أقدمني قال : حتى تبرأ فأبى وعجل فاستقاد له رسول الله صلى الله عليه وسلم فعييت رجل المستقيد وبرأت رجل المستقاد منه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم ليس لك شيء عجبت ، رواه سعيد مرسلًا ولأن القصاص من الطرف لا يسقط بالسراية فوجب أن يملكه في الحال كما لو برأ .

ولنا ما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يستقاد من الجروح حتى يبرأ المجروح ، ورواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم ولأن الجرح لا يدرى أقتل هو أم ليس يقتل ؟ فينبغي أن ينتظر ليعلم ما حكمه ؟ فأما حديثهم فقد رواه الدارقطني ، وفي سياقه فقال يا رسول الله عرجت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد نهيتك فعصيتني فأبعدك الله وبطل عرجك ، ثم نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه وهذه زيادة يجب قبولها وهي متأخرة عن الاقتصاص فتكون ناسخة له وفي نفس الحديث

ما يدل على أن استقاده قبل البرء معصية لقوله « قد نهيتك فعصيتي » وما ذكره ممنوع وهو مبنى على الخلاف :

(فصل) فإن اقتص قبل الاندمال هدرت سراية الجناية ، وقال أبو حنيفة والشافعي بل هي مضمونه لأنها سراية جناية فكانت مضمونة كما لو لم يقتص ولنا الخبر المذكور ولأنه استعمل ما لم يكن له استعماله فبطل حقه كقاتل موروته وبهذا فارق من لم يقتص فعلى هذا لو سرى القطعان جميعاً فمات الجاني والمستوفى فما هدر .

وقال أبو حنيفة يجب ضمان كل واحد منهما لأن سراية كل واحد منهما مضمونه ثم يتقاصان فيسقطان وقال الشافعي ان مات المجنى عليه أولاً ثم مات الجاني كان قصاصاً لأنه مات من سراية القطع فقد مات بفعل المجنى عليه ، وان مات الجاني فكذلك في أحد الوجهين ، وفي الآخر يكون موت الجاني هدرأ ولولى المجنى عليه نصف الدية فأما ان سرى أحد القطعين دون صاحبه فعندنا هو هدر لا ضمان فيه ، وعند أبي حنيفة يجب ضمان سرايته وعند الشافعي ان سرت الجناية فهي مضمونه ، وان سرى الاستيفاء لم يجب ضمانه ومبنى ذلك على ما تقدم من الخلاف

(فصل) وان اندمل جرح الجناية فاقصص منه ثم انتقض فسرى فسرايته مضمونة وسراية الاستيفاء غير مضمونة لأنه اقتص بعد جواز الاقتصاص فعلى هذا لو قطع يد رجل فبرأ فاقصص ثم انتقض جرح المجنى عليه فمات فلوليه قتل الجاني لأنه مات من جنايته ، وان عفا الى الدية فلا شيء له لأنه استوفى بالقطع ما قيمته دية وهو بداه وان سرى الاستيفاء لم يجب أيضاً شيء لأن القصاص قد سقط بموته والدية لا يمكن إيجابها لما ذكرنا ، وان كان المقطوع بالجناية يداً فلوليه بالخيار بين القصاص في النفس وبين العفو الى نصف الدية ومتى سقط القصاص بموت الجاني أو غيره وجب نصف الدية في تركة الجاني أو ماله ان كان حياً (فصل) ولو قطع كتابي يد مسلم فبرأ أو اقتصص ثم انتقض جرح المسلم فمات فلوليه قتل الكتابي والعفو الى أرش الجرح وفي قدره وجهان :

أحدهما : نصف الدية لأنه قد استوفى بدل يده بالقصاص وبذلها نصف دية فبقي له نصفها كما لو كان القاطع مسلماً .

والثاني : له ثلاثة أرباعها لان يد اليهودى تعدل نصف دية وذلك ربع دية المسلم فقد استوفى ربع دية وبقى له ثلاثة ارباعها وان كان قطع يدى المسلم فاقتصر منه ثم مات المسلم فعفا وليه الى مال ابنى على الوجهين ان قلنا تعتبر قيمة اليهودى فله منها نصف — الدية وان قلنا الاعتبار بقيمة يد المسلم فلا شيء له منها لانه قد استوفى بدل يديه وهما جميع دية

ولو كان القطع فى يديه ورجليه فعفا الى الدية لم يكن له شيء وجها واحداً لان دية ذلك دية مسلم ، ولو كان الجانى امرأة على رجل فالحكم على ما ذكرنا سواء لان ديتها نصف — دية الرجل

(فصل) اذا قطع يد رجل من الكوع ثم قطعها آخر من المرفق فمات بسرايتهما فلوليه قتل القاطعين وليس له أن يقطع طرفيهما فى أحد الوجهين ، وفى الآخر له قطع يد القاطع من الكوع فان قطعها ثم عفا عنه فله نصف الدية، وأما الآخر فان كانت يده مقطوعة من الكوع فقطعها من المرفق ثم عفا فله دية الا قدر الحكومه فى الذراع ولو كانت يد القاطع من المرفق صحيحه لم يجز قطعها روايه واحدة لانه يأخذ صحيحه بمقطوعه وان قطع أيديهما وهما صحيحتان أو قطع رجلان يديه فقطع يديهما ثم سرت الجنايه فمات من قطعهما فليس لوليه العفو على الدية لانه قد استوفى ما قيمته دية وان اختار قتلها فله ذلك

(فصل)

ولا يحوز أن يقتص من حامل قبل وضعها سواء كانت حاملا وقت الجنايه أو حملت بعدها قبل الاستيفاء وسواء كان القصاص فى النفس أو فى الطرف : أما فى النفس فلقول الله تعالى (فلا يسرف فى القتل) وقتل الحامل قتل لغير القاتل فيكون اسرافا

وروى ابن ماجه بإسناده عن عبد الرحمن بن غنم قال حدثنا معاذ بن جبل وأبو عبيدة ابن الجراح وعبادة بن الصامت وشداد بن أوس قالوا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : اذا قتلت المرأة عمداً لم تقتل حتى تضع ما فى بطنها ان كانت حاملا وحتى تكفل ولدها وان زنت لم ترجم حتى تضع ما فى بطنها وحتى تكفل ولدها ، وهذا نص ولان النبی (ص) قال للغامديه المقررة بالزنا : ارجعى

حتى تضعي ما في بطنك ، ثم قال لها : ارجعي حتى ترضعيه ، ولأن هذا اجماع من أهل العلم لا نعلم بينهم فيه اختلافا .

وأما القصاص في الطرف فلأننا منعنا الاستيفاء فيه خشية السرايه الى الجاني أو الى زيادة في حقه فلأن تمنع منه خشية السرايه الى غير الجاني وتقويت نفس معصومة أولى وأحرى ، ولأن في القصاص منها قتلا لغير الجاني وهو حرام ، وإذا وضعت لم تقتل حتى تسقى الولد اللبا لان الولد لا يعيش الا به في الغالب ثم ان لم يكن للولد من يرضعه لم يجوز قتلها حتى يحى . أو ان فطامه لما ذكرنا من الخبرين ، ولانه لما أخر الاستيفاء لحفظه وهو حمل ، فلأن يؤخر لحفظه بعد وضعه أولى الا أن يكون القصاص فيمادون النفس ويكون الغالب بقاؤها وعدم ضرره بالاستيفاء منها فيستوفي ، وان وجد له مرضعة راقية جاز قتلها لانه يستغنى بلبنها وان كانت مترددة أو جماعة يتناوبنه أو أمكن أن يسقى من لبن شاة أو نحوها جاز قتلها ، ويستحب للولي تأخيرها لما على الولد من الضرر لاختلاف اللبن عليه وشرب لبن البهيمة .

(فصل) وإذا ادعت الحمل ففيه وجهان (أحدهما) تحبس حتى يتبين حملها ، لان للحمل أمارات خفية تعلمها من نفسها ولا يعلمها غيرها ، فوجب أن يحتاط للحمل حتى يتبين انتفاء ما ادعته ؛ ولانه أمر يختصها فقبل قولها فيه كالحيض .
(والثاني) ذكره القاضي انها ترى أهل الخبرة ، فإن شهدن بحملها أخرت ، وان شهدن ببراءتها لم تؤخر لان الحق حال عليها فلا يؤخر بمجرد دعواها .

(فصل)

وان اقتصر من حامل فقد أخطأ وأخطأ السلطان الذي مكنته من الاستيفاء وعليهما الإثم ان كانا عالمين أو كانا منهما تقريط ، وان علم أحدهما أو فرط فالإثم عليه ، ثم ننظر فإن لم تلق الولد فلا ضمان فيه لانا لم نتحقق وجوده وحياته ، وان انفصل ميتاً أو حيا لوقت لا يعيش في مثله ففيه غرة ؛ وان انفصل حيا لوقت يعيش مثله ثم مات من الجناية وجبت فيه دية ، وعلى من يجب ضمانه ؟ ننظر فإن كان الامام والولي عالمين بالحمل وتحريم الاستيفاء أو جاهلين بالامر أو بأحدهما ،

أو كان الولي عالماً بذلك دون الممكن له من الاستيفاء فالضمان عليه وحده لأنه مباشر ، والحاكم الممكن له صاحب سبب : ومتى اجتمع المباشر مع المتسبب كان الضمان على المباشر دون المتسبب كالحافر مع الدافع ، وإن علم الحاكم دون الولي فالضمان على الحاكم وحده ، لأن المباشر معذور فكان الضمان على المتسبب كالسيد إذا أمر عبده بالقتل ، والعبء أعجمي لا يعرف تحريم القتل ، وكشهود القصاص إذا رجعوا عن الشهادة بعد الاستيفاء .

وقال القاضي : إن كان أحدهما عالماً وحده فالضمان عليه وحده ، وإن كانا عالمين فالضمان على الحاكم لأنه الذي يعرف الأحكام ، والولي إنما يرجع إلى حكمه واجتهاده ، وإن كانا جاهلين ففيه وجهان . أحدهما الضمان على الإمام كما لو كانا عالمين . والثاني على الولي ، وهذا مذهب الشافعي .

وقال أبو الخطاب . الضمان على الحاكم ولم يفرق : وقال المزني : الضمان على الولي في كل حال لأنه المباشر والسبب غير ملجئ . فكان الضمان عليه ، كالحافر مع الدافع ، وكما لو أمر من يعلم تحريم القتل به بقتل ، وقد ذكرنا ما يقتضي التفريق والله أعلم .

« مسأله ، قال (وإذا كان القاطع سالم الطرف والمقطوعة شلاء فلا قود)

لا نعلم أحداً من أهل العلم قال بوجوب قطع يد أو رجل أو لسان صحيح بأشل ، إلا ما حكى عن داود أنه أوجب ذلك ، لأن كل واحد منهما مسمى باسم صاحبه فيؤخذ به كالأذنين :

ولنا أن الشلاء لا نفع فيها سوى الجمال فلا يؤخذ بها ما فيه نفع كالصحيحة لا تؤخذ بالقائمة وما ذكر له قياس ، وهو لا يقول بالقياس ، وإذا لم نوجب القصاص في العينين مع قول الله تعالى (العين بالعين) لأجل تفاوتهما في الصحة والعمى فلأن لا يجب ذلك فيما لا نص فيه أولى .

(فصل) وإن قطع أذنًا شلاء أو أنفاً أشل فهل يؤخذ به الصحيح ؟ فيه وجهان أحدهما لا يؤخذ به كسائر الأعضاء ، والثاني : يؤخذ به لأن نفعه لا يذهب بشلله

فإن نفع الاذن جمع الصوت ورد الهوام وستر موضع السمع ، ونفع الانف جمع الريح ورد الهواء أو الهوام : فقد ساءى الصحيح في الجمال والنفع ، فوجب أخذ كل واحد منهما بالآخر كالصحيح بالصحيح ، بخلاف اليد والرجل ، وللشافعي قولان كالوجهين .

(فصل) ولا تؤخذ يد كاملة الاصابع بناقصة الاصابع ، فلو قطع من له خمس أصابع يد من له أربع أو ثلاث أو قطع من له أربع أصابع يد من له ثلاث لم يجب القصاص لأنها فوق حقه ، وهل له أن يقطع من أصابع الجاني بعدد أصابعه ؟ فيه وجهان ذكرناهما فيما إذا قطع من نصف الكف ، وإن قطع ذو اليد الكاملة يداً فيها أصبع شلاء وباقيها صحاح لم يجز أخذ الصحيحة بها لأنه أخذ كامل بناقص ؛ وفي الاقتصاص من الاصابع الصحاح وجهان ، فإن قلنا له أن يقتصر فله الحكومة في الشلاء وأرش ما تحتها من الكف ، وهل يدخل ما تحت الاصابع الصحاح في قصاصها أو تجب فيه حكومة ؟ على وجهين

فصل

وإن قطع اليد الكاملة ذو يد فيها أصبع زائدة وجب القصاص فيها ، ذكره أبو عبد الله بن حامد ، لأن الزائدة عيب ونقص في المعنى يرد بها المبيع فلم يمنع وجودها القصاص منها كالسلعة فيها والخراج ، واختار القاضي أنها لا تقطع بها وهو مذهب الشافعي لأنها زيادة ، فعلى هذا : إن كان للجنى عليه أيضاً أصبع زائدة في محل الزائدة من الجاني وجب القصاص لاستوائهما ، وإن كانت في غير محلها أو لم يكن للجنى عليه أصبع زائدة لم تؤخذ يد الجاني ، وهل يملك قطع الاصابع ؟ تنظر فإن كانت الزائدة ملصقة بأحد الاصابع فليس له قطع تلك الاصبع لأن في قطعها اضراراً بالزائدة : وهل له قطع الاصابع الأربع ؟ على وجهين ، وإن لم تكن ملصقة بواحدة منهن فهل له قطع الخمس ؟ على وجهين ، وإن كانت الزائدة نابتة في أصبع في أنملتها العليا لم يجز قطعها ، وإن كانت نابتة في السفلى أو الوسطى فله قطع ما فوقها من الانامل في أحد الوجهين وبأخذ أرش الانملة التي تعذر قطعها في أحد الوجهين ويتبع ذلك خمس الكف

(فصل) وإن قطع ذو يد لها أظفار يد من لا أظفار له لم يجز القصاص لأن

الكاملة لا تؤخذ بالناقصة ، وان كانت المقطوعة ذات أظفار إلا أنها خضراء أو مستحشفة أخذنا بها السليمة لأن ذلك علة ومرض والمرض لا يمنع القصاص بدليل أنا نأخذ الصحيح بالسقيم .

« مسألة ، قال (وان كان القاطع أشل والمقطوعة سالمه فشاء المفلوم أخذها فذلك له ولا شيء له غيرها وان شاء عفا وأخذ دية يده)

أما إذا اختار الدية فله دية يده ، لا نعلم فيه خلافاً لأنه عجز عن استيفاء حقه على الكمال بالقصاص فكانت له الدية كما لو لم يكن للقاطع يد ، وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ، وان اختار القصاص سئل أهل الخبرة فإن قالوا إنه إذا قطع لم تنسد العروق ودخل الهواء الى البدن فأفسده سقط القصاص لأنه لا يجوز أخذ نفس بطرف ، وان أمن هذا فله القصاص لأنه رضى بدون حقه فكان له ذلك كما لو رضى المسلم بالقصاص من الذمي والرجل من المرأة والحر من العبد ، وليس له مع القصاص أرش لان الشلاء كالصحيحة في الخلقة ، وإنما نقصت في الصفة فلم يكن له أرش كالصور التي ذكرناها .

وقال أبو الخطاب : عندي له أرش مع القصاص على قياس قوله في عين الاعور . والاول أصح فإن إلحاق هذا الفرع بالاصول المتفق عليها أولى من إلحاقه بفرع مختلف فيه خارج عن الاصول مخالف للقياس .

(فصل) وتؤخذ الشلاء بالشلاء اذا أمن في الاستيفاء الزيادة ، وقال أصحاب الشافعي لا تؤخذ بها في أحد الوجهين ، لأن الشلاء عيلة والعمل يختلف تأثيرها في البدن فلا تتحقق المماثلة بينهما .

ولنا أنهما متماثلان في ذات العضو وصفته ، فجاز أخذ إحدهما بالآخرى كالصحيحة بالصحيحة .

(فصل) وتؤخذ الناقصة بالناقصة اذا تساوتا فيه بأن يكون المقطوع من يد الجاني كالمقطوع من يد المجنى عليه لانهما تساوتا في الذات والصفة ، فأما ان اختلفا فكان المقطوع من يد أحدهما الإبهام ومن الاخرى أصبع غيرها لم يجز القصاص لان فيه أخذ أصبع بغيرها وان كانت يد أحدهما ناقصة أصبعاً والاخرى

ناقصة تلك الاصبع وأخرى جاز أخذ الناقصة أصبعين بالناقصة أصبعاً . وهل له
أرش أصبعه الزائدة ؟ فيه وجهان : ولا يجوز أخذ الأخرى بها ، لان الكاملة
لا تؤخذ بالناقصة

(فصل) ويجوز أخذ الناقصة بالكاملة لانها دون حقه ، وهل له أخذ دية
الاصابع الناقصة ؟ على وجهين . أحدهما : له ذلك ، وهو قول الشافعي
واختيار ابن حامد .

والثاني : ليس له مع القصاص أرش . وهو مذهب أبي حنيفة ؟ وقياس قول
أبي بكر لئلا يفضى الى الجمع بين قصاص ودية في عضو واحد
وقال القاضي قياس قوله : سقوط القصاص كقوله فيمن قطعت يده من نصف
الذراع ، وليس كذلك لانه يقتصر من موضع الجناية ويضع الحديد في موضع
وضعها الجاني فلك ذلك كالوجني عليه فوق الموضحة ، أو كان رأس الشاج أصغر
أو أخذ الشلاء بالصحيحة ؛ ويفارق القاطع من نصف الذراع لانه لا يمكنه
القصاص من موضع الجناية . هكذا حكاه الشريف عن أبي بكر

(فصل) وان كانت يد القاطع والمجنى عليه كاملتين . في يد المجنى عليه أصبع
زائدة فعلى قول ابن حامد لا عبرة بالزائدة لانها بمنزلة الخراج والسلعة وعلى قول
غيره له قطع يد الجاني . وهل له حكمة في الزائدة ؟ على وجهين ، وان قطع من
له خمس أصابع أصلية كف من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة ، أو قطع من
له أربع أصابع وأصبع زائدة كف من له خمس أصابع أصلية فلا قصاص في الصورة
الاولى ، لان الأصلية لا تؤخذ بالزائدة وله القصاص في الصورة الثانية في قول
ابن حامد ، لان الزائدة لا عبرة بها

وقال غيره ان لم تكن الزائدة في محل الأصلية فلا قصاص أيضاً لان الاصبعين
مختلفتان ، وان كانت في محل الأصلية فقال القاضي يجري القصاص ، وهو مذهب
الشافعي ولا شيء له لنقص الزائدة ، وهذا فيه نظر فإنها متى كانت في محل الأصلية
كانت أصلية ، لان الزائدة هي التي زادت عن عدد الاصابع أو كانت في غير محل
الاصابع ، وهذا له خمس أصابع في محلها فكانت كلها أصلية

فإن قالوا معنى كونها زائدة أنها ضعيفة مائلة عن سمت الاصابع

قلنا : ضعفها لا يوجب كونها زائدة كذكر العنين ، وأما ميلها عن الاصابع فإنها ان لم تكن نابتة في محل الاصبع المدومة فسد قولهم انها في محلها وان كانت نابتة في موضعها ، وانما مال رأسها واعوجت فهذا مرض لا يخرجها عن كونها أصلية .

(فصل) واذا قطع أصبعه فأصابه من جرحها أكلة في يده وسقطت من مفصل ففيها القصاص ، وان بادرها صاحبها فقطعها من الكوع لثلا تسرى الى سائر جسده ثم اندمل جرحه فعلى الجاني القصاص في الاصبع والحكومة فيما تأكل من الكف ، ولا شيء عليه فيما قطعه المجنى عليه لانه تلف بفعله ، وان لم يندمل ومات من ذلك فالجاني شريك نفسه فيحتمل وجوب القصاص عليه ويحتمل أن لا يجب بحال لان فعل المجنى انما قصد به المصلحة فهو عمد الخطأ وشريك الخطأ . لا قصاص عليه ويكون عليه نصف الدية

وان قطع المجنى عليه موضع الاكلة نظرت فإن قطع لحما ميتا ثم سرت الجناية فالقصاص على الجاني لانه سراية جرحه خاصة ، وان كان في لحم حي فمات فالحكم فيه كما لو قطعها خوفا من سرايتها

(فصل) واذا قطع أنملة لها طرفان احدهما زائدة والاخرى أصلية ، فإن كانت أنملة القاطع ذات طرفين أيضا أخذت بها ، وان لم تكن ذات طرفين قطعت وعليه حكومة في الزائدة ، وان كانت المقطوعة ذات طرف واحد وأنملة القاطع ذات طرفين أخذت بها في قول ابن حامد ، وعلى قول غيره لا قصاص فيها وله دية أنملته ، وان ذهب الطرف الزائد فله الاستيفاء ، وان قال أنا أصبر حتى يذهب الزائد ثم اقتص فله ذلك لان القصاص حقه فلا يجبر على تعجيل استيفائه

(فصل) ولو قطع أنملة رجل العليا ثم قطع أنملة آخر الوسطى ثم قطع السفلى من ثالث فللأول القصاص من العليا ثم للثاني أن يقتص من الوسطى ثم للثالث أن يقتص من السفلى ، سواء جاءوا دفعة واحدة أو واحداً بعد واحد ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا قصاص الا في العليا لانه لم يجب في غيرها حال الجناية لتعذر استيفائه فلم يجب بعد ذلك ، كما لو كان غير مكافئ حال الجناية ثم صار مكافئاً بعده

ولنا أن تعذر القصاص لاتصال محله بغيره لا يمنعه إذا زال الاتصال كما لو جنت الحامل ويفارق عدم التكافؤ ، لأنه تعذر لمعنى فيه وهمنا تعذر لاتصال غيره به ، فأما إن جاء صاحب الوسطى أو السفلى يطلب القصاص قبل صاحب العليا لم يعطه لأن في استيفائه إتلاف أئمة لا يستحقها ، وقيل لها إما أن تصبرا حتى تعلما ما يكون من الأول ، فإن اقتصر فلكما القصاص ، وإن عفا فلا قصاص لكما وإما أن ترضيا بالعقل فإذا جاء صاحب العليا فاقصر فللثاني الاقتصاص وحكم الثالث مع الثاني كحكم الثاني مع الأول ، وإن عفا فلهما العقل .

فإن قالوا نحن نصبر وننظر بالقصاص أن تسقط العليا بمرض أو نحوه ثم نقصر لم يمنعا من ذلك ، وإن قطع صاحب الوسطى والسفلى فعليه دية العليا تدفع إلى صاحب العليا وإن قطع الأصبع كلها فعليه القصاص في الأئمة الثلاثة وعليه أرش العليا للأول وأرش السفلى على الجاني لصاحبها ، وإن عفا الجاني عن قصاصها وجب أرشها يدفعه إليه ليدفعه إلى المجنى عليه .

(فصل)

وإن قطع أئمة رجل العليا ثم قطع أئمتي آخر العليا والوسطى من تلك الأصبع فللأول قطع العليا لأن حقه أسبق ثم يقطع الثاني الوسطى ويأخذ أرش العليا منه فإن بادر الثاني فقطع الأئمتين فقد استوفى حقه وتعذر استيفاء القصاص للأول وله الأرش على الجاني ، وإن كان قطع الأئمتين أولا قدمنا صاحبهما في القصاص للأول وله الأرش على الجاني ، وإن بادر صاحبها فقطعها فقد استوفى حقه وتقطع الوسطى للأول ويأخذ الأرش للعليا ، ولو قطع أئمة رجل العليا ولم يكن للقاطع عليا فاستوفى الجاني من الوسطى فإن عفا إلى الدية تقاصا وتساقطا لأن ديتهما واحدة ، وإن اختار الجاني القصاص فله ذلك ويدفع أرش العليا ويحجى على قول أبي بكر أن لا يجب القصاص لأن ديتهما واحدة واسم الأئمة يشملها فتساقطا كقوله في إحدى البيدين بدلا عن الأخرى .

« مسألة ، قال (وإذا قتل وله وليان بالغ وطفل أو غائب لم يقتل حتى يقدم الغائب ويبلغ الطفل)

وجملته أن ورثة القتل إذا كانوا أكثر من واحد لم يحز بعضهم استيفاء القود إلا بإذن الباقيين فإن كان بعضهم غائباً انتظر قدومه ولم يحز للحاضر الاستقلال بالاستيفاء بغير خلاف علمناه . وإن كان بعضهم صغيراً أو مجنوناً فظاهر مذهب أحمد رحمه الله أنه ليس لغيرهما الاستيفاء حتى يبلغ الصغير ويفيق المجنون وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والشافعي وأبو يوسف وإسحاق ويروى عن عمر بن عبد العزيز رحمه الله .

وعن أحمد رواية أخرى : للكبار العقلاء استيفاءؤه ، وبه قال حماد ومالك والاوزاعي والليث وأبو حنيفة لأن الحسن بن علي رضي الله عنهما قتل ابن ملجم قصاصاً وفي الورثة صفار فلم ينكر ذلك : ولأن ولاية القصاص هي استحقاق استيفائه وليس للصغير هذه الولاية .

ولنا أنه قصاص غير متحتم ثبت لجماعة معينين فلم يحز لأحدهم استيفاءؤه استقلالاً كما لو كان بين حاضر وغائب أو أحد بدلى النفس فلم ينفرد به بعضهم كالدية : والدليل على أن للصغير والمجنون فيه حقاً أربعة أمور . أحدها : أنه لو كان منفرداً لاستحققه ولو نافاه الصغير مع غيره لنافاه منفرداً كولاية النكاح .

والثاني : أنه لو بلغ لاستحق ولو لم يكن مستحقاً عند الموت لم يكن مستحقاً بعده كالرقيق إذا عتق بعد موت أبيه .

والثالث : أنه لو صار الأمر إلى المال لاستحق ولو لم يكن مستحقاً للقصاص لما استحق بدله كالأجنبي .

والرابع : أنه لو مات الصغير لاستحققه ورثته ولو لم يكن حقاً لم يرثه كسائر مالم يستحقه ، فأما ابن ملجم فقد قيل إنه قتله بكفره لأنه قتل علياً مستحلاً لدمه معتقداً كفره متقرباً بذلك إلى الله تعالى ، وقيل قتله لسعيه في الأرض بالفساد وإظهار السلاح فيكون كقاطع الطريق إذا قتل وقتله متحتم وهو إلى الإمام والحسن هو الإمام ولذلك لم ينتظر الغائبين من الورثة ولا خلاف بيننا في وجوب انتظارهم وإن قدر أنه قتله قصاصاً فقد اتفقنا على خلافه فكيف يحتاج به بعضنا على بعض . (فصل) وإن كان الوارث واحداً صغيراً كصبي قتل أمه وليست زوجة

لا يبه بالقصاص له وليس لآبيه ولا غيره استيفاؤه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك له استيفاؤه ، وكذلك الحكم في الوصي والحاكم في الطرف دون النفس ؛ وذكر أبو الخطاب في موضع في الأب روايتين ، وفي موضع وجهين . أحدهما : كقولنا لأن القصاص أحد بدلي النفس فكان للأب استيفاؤه كالدية .

ولنا أنه لا يملك إيقاع الطلاق بزوجه فلا يملك استيفاء القصاص له كالوصي ولأن القصد التشفي ودرك الغيظ ولا يحصل ذلك باستيفاء الولي ويخالف الدية فإن الغرض يحصل باستيفاء الأب له فافترقا ولأن الدية إنما يملك استيفاءها إذا تعذرت والقصاص لا يتعين فإنه يجوز العفو إلى الدية والصلح على مال أكثر منها وأقل ، والدية بخلاف ذلك .

فصل

وكل موضع وجب تأخير الاستيفاء فإن القاتل يحبس حتى يبلغ الصبي ويعقل المجنون ويقدم الغائب وقد حبس معاوية هذبة بن خشرم في قصاص حتى بلغ ابن القتيل في عصر الصحابة فلم ينكر ذلك وبذل الحسن والحسين وسعيد بن العاص لابن القتيل سبع ديات فلم يقبلها .

فإن قيل : فلم لا يخلى سبيله كالمعسر بالدين ؟ قلنا : لأن في تخليته تضییعا للحق فإنه لا يؤمن هربه والفرق بينه وبين المعسر من وجوه .

أحدها : أن قضاء الدين لا يجب مع الإعسار فلا يحبس بما لا يجب والقصاص ههنا واجب وإنما تعذر المستوفي .

الثاني : أن المعسر إذا حبسناه تعذر الكسب لقضاء الدين فلا يفيد بل يضر من الجانبين وههنا الحق نفسه يفوت بالتخلية لا بالحبس .

الثالث : أنه قد استحق قتله ، وفيه تفويت نفسه ونفعه فإذا تعذر تفويت نفسه جاز تفويت نفعه لإمكانه ، فإن قيل فلم يحبس من أجل الغائب وليس للحاكم عليه ولاية إذا كان مكلفا رشيدا ولذلك لو وجد بعض ماله مغصوبا لم يملك انتزاعه ؟ قلنا : لأن في القصاص حقا للميت وللحاكم عليه ولاية ولهذا تنفذ وصاياه من الدية وتقضى ديونه منها فنظيره أن يجد الحاكم من تركه الميت في يد إنسان شيئا غصبا والوارث غائب فإنه يأخذه ولو كان القصاص لحى في طرفه لم يتعرض

لمن هو عليه فإن أقام القاتل كفيلا بنفسه ليخلى سبيله لم يجز لأن الكفالة لا تصح في القصاص فإن فائدتها استيفاء الحق من الكفيل إن تعذر احضار المكفول به ولا يمكن استيفاؤه من غير القاتل فلم تصح الكفالة به كالحمد ولا أن فيه تفريراً بحق المولى عليه فإنه ربما خلى سبيله فهرب فضاع الحق .

فصل

فإن قتله بعض الأولياء بغير إذن الباقيين لم يجب عليه قصاص ، وبهذا قال أبو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي والقول الآخر عليه القصاص لأنه ممنوع من قتله وبعضه غير مستحق له وقد يجب القصاص بإتلاف بعض النفس بدليل ما لو اشترك الجماعة في قتل واحد .

ولنا أنه مشارك في استحقاق القتل فلم يجب عليه القصاص كما لو كان مشاركا في ملك الجارية ووطئها ولأنه محل يملك بعضه فلم تجب العقوبة المقدرة باستيفائه كالأصل ويفارق إذا قتل الجماعة واحداً فإننا لا نوجب القصاص بقتل بعض النفس وإنما نجعل كل واحد منهم قاتلاً لجميعها ، وإن سلمنا وجوبه عليه لقتله بعض النفس فمن شرطه المشاركة لمن فعله كفعله في العمد والعدوان ولا يتحقق ههنا .

إذا ثبت هذا فإن للمولى الذي لم يقتل قسطه من الدية لأن حقه من القصاص سقط بغير اختياره فأشبهه ماله مات القاتل أو عفا بعض الأولياء ، وهل يجب ذلك على قاتل الجاني أو في تركه الجاني ؟ فيه وجهان وللشافعي قولان .

أحدهما : يرجع على قاتل الجاني لأنه أناف محل حقه فكان الرجوع عليه بعرض نصيبه كما لو كانت له وديعة فأنلفها .

والثاني : يرجع في تركه الجاني كما لو أنلفه أجنبي أو عفا شريكه عن القصاص وقولنا أناف محل حقه يبطل إذا أنلف مستأجره أو غريمه أو امرأته أو كان المتلف أجنبياً ويفارق الوديعة فإنها مملوكة لها فوجب عوض ملكه أما الجاني فليس بمملوك لهجنى عليه وإنما له عليه حق فأشبهه ماله قتل غريمه ، فعلى هذا يرجع ورثة الجاني على قاتله بدية مورثهم إلا قدر حقه منها . فعلى هذا لو كان الجاني أقل دية من قاتله مثل امرأة قتلت رجلاً له ابنتان فقتلها أحدهما بغير إذن

الآخر فللاخر نصف دية أيه في تركه المرأة التي قتلته ويرجع وراثتها بنصف ديتها على قاتلها وهو ربع دية الرجل .

وعلى الوجه الاول يرجع الابن الذي لم يقتل على أخيه بنصف دية المرأة لانه لم يفوت على أخيه الا نصف المرأة ولا يمكن أن يرجع على ورثة المرأة بشيء لان أخاه الذي قتلها أتلّف جميع الحق ، وهذا يدل على ضعف هذا الوجه ، ومن فوائده أيضا صحة إبراء من حكمنا بالرجوع عليه وملك مطالبته ، فإن قلنا : يرجع على ورثة الجاني صح إبراؤهم وملسكوا الرجوع على قاتل موروثهم بقسط أخيه العافي ، وان قلنا : يرجع على تركه الجاني وله تركه فله الاخذ منها سواء أمكن ورثته أن يستوفوا من الشريك أو لم يمكنهم ، وان قلنا يرجع على شريكه لم يكن له مطالبة ورثة الجاني سواء كان شريكه موسراً أو معسراً .

« مسألة » قال (ومن عفا من ورثة المقتول عن القصاص لم يكن الى القصاص سبيل وان كان العافي زوجا أو زوجة)

أجمع أهل العلم على إجازة العفو عن القصاص وإنه أفضل والأصل فيه الكتاب والسنة ، أما الكتاب فقول الله تعالى في سياق قوله (كتب عليكم القصاص في القتل فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء اليه بإحسان) وقال تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس — الى قوله — والجروح قصاص فمن تصدق به فهو كفارة له) قيل في تفسيره فهو كفارة للجاني يعفو صاحب الحق عنه ، وقيل فهو كفارة للعافي بصدقته . وأما السنة فإن أنس بن مالك قال « ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع اليه شيء فيه قصاص إلا أمر فيه بالعفو » رواه أبو داود وفي حديثه في قصة الربيع بنت النضر حين كسرت سن جارية فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص فعفا القوم .

إذا ثبت هذا : فالقصاص حق لجميع الورثة من ذوى الأنساب والاسباب والرجال والنساء والصغار والكبار فمن عفا منهم صح عفوهم وسقط القصاص ولم يبق لاحد اليه سبيل ، هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والنخعي والحكم ومحمد والثوري وأبو حنيفة والشافعي .

وروى معنى ذلك عن عمر وطاوس والشعبي ، وقال الحسن وقتادة والزهرى وابن شبرمه والليث والأوزاعي : ليس للنساء عفو ، والمشهور عن مالك أنه موروث للعصبات خاصة وهو وجه لأصحاب الشافعي لأنه ثبت لدفع العار فاختص به العصبات كولاية النكاح ولهم وجه ثالث أنه لذوى الأنساب دون الزوجين لقول النبي صلى الله عليه وسلم : من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين بين أن يقتلوا أو يأخذوا العقل ، وأهله ذوو رحمه .

وذهب بعض أهل المدينة إلى أن القصاص لا يسقط بعفو بعض الشركاء ، وقيل هو رواية عن مالك لأن حق غير العافي لا يرضى بإسقاطه وقد تؤخذ النفس ببعض النفس بدليل قتل الجماعة بالواحد

ولنا : عموم قوله عليه السلام : فأهله بين خيرتين ، وهذا عام في جميع أهله والمرأة من أهله بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم : من يعتزني من رجل يبلغني أذاه في أهلي وما علمت على أهلي إلا خيراً ، ولقد ذكروا رجلاً ما علمت عليه إلا خيراً وما كان يدخل على أهلي إلا معي ، يريد عائشة . وقال له أسامة يا رسول الله أهلك ولا نعلم إلا خيراً

وروى زيد بن وهب : أن عمر أتى برجل قتل قتيلاً فجاء ورثة المقتول ليقتلوه فقالت امرأة المقتول وهي أخت القاتل قد عفوت عن حقي ، فقال عمر الله أكبر عتق القتيل ، رواه أبو داود ، وفي رواية عن زيد قال : دخل رجل على امرأته فوجد عندها رجلاً فقتلها فاستعدى إخوتها عمر فقال بعض إخوتها قد تصدقت فقضى لسائرهم بالدية

وروى قتادة أن عمر رفع إليه رجل قتل رجلاً فجاء أولاد المقتول وقد عفا بعضهم فقال عمر لابن مسعود ما تقول ؟ قال إنه قد أحرز من القتل فضرب على كتفه وقال كنيف مليء علماً ، والدليل على أن القصاص لجميع الورثة ما ذكرناه في مسألة القصاص بين الصغير والكبير ، ولأن من ورث الدية ورث القصاص كالعصبة فإذا عفا بعضهم صح عفوه كعفوه عن سائر حقوقه ، وزوال الزوجية لا يمنع استحقاق القصاص كما لم يمنع استحقاق الدية وسائر حقوقه الموروثة ، ومتى

ثبت أنه حق مشترك بين جميعهم سقط بإسقاط من كان من أهل الإسقاط منهم لأن حقه منه له فينفذ تصرفه فيه ، فإذا سقط سقط جميعه لأنه لما لا يتبعض كالطلاق والعناق ، ولأن القصاص حق مشترك بينهم لا يتبعض مبناه على الدرء والإسقاط فإذا أسقط بعضهم سرى إلى الباقي كالعناق والمرأة أحد المستحقين فسقط بإسقاطها كالرجل ، ومتى عفا أحدهم فللباقين حقهم من الدية سواء عفا مطلقاً أو إلى الدية ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا أعلم لها مخالفاً عن قال بسقوط القصاص ، وذلك لأن حقه من القصاص سقط بغير رضاه فثبت له البدل كما لو ورث القاتل بعض دمه أو مات ، ولما ذكرنا من خبر عمر رضي الله عنه .

(فصل) فإن قتل الشريك الذي لم يعف عالماً بعفو شريكه وسقوط القصاص به فعليه القصاص ، سواء حكم به الحاكم أو لم يحكم ، وبهذا قال أبو حنيفة وأبو ثور وهو الظاهر من مذهب الشافعي ، وقيل له قول آخر لا يجب القصاص لأن له فيه شبهة لوقوع الخلاف .

ولنا أنه قتل معصوماً مكافئاً له عمداً يعلم أنه لا حق له فيه فوجب عليه القصاص ، كما لو حكم بالعفو حاكم ، والاختلاف لا يسقط القصاص ، فإنه لو قتل مسلماً بكافر قتلناه به مع الاختلاف في قتله ، وأما إن قتل قبل العلم بالعفو فلا قصاص عليه ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي في أحد قولي : عليه القصاص لأنه قتل عمد عدوان لمن لا حق له في قتله .

ولنا أنه قتل معتقداً ثبت حقه فيه ؛ مع أن الأصل بقاؤه فلم يلزمه قصاص كالوكيل إذا قتل بعد عفو الموكل قبل علمه بعفوه ، ولا فرق بين أن يكون الحاكم قد حكم بالعفو أو لم يحكم به لأن الشبهة موجودة مع انتفاء العلم معدومة عند وجوده وقال الشافعي : متى قتل بعد حكم الحاكم لزمه القصاص علم بالعفو أو لم يعلم ، وقد بينا الفرق بينهما ، ومتى حكمنا عليه بوجوب الدية إما لكونه معذوراً وإما للعفو عن القصاص فإنه يسقط عنه منها ما قابل حقه على القاتل قصاصاً ويجب عليه الباقي فإن كان الولي عفا إلى غير مال فالواجب لورثة القاتل ولا شيء عليهم ، وإن كان عفا إلى الدية فالواجب لورثة القاتل وعليهم نصيب العافي من الدية ، وقيل فيه إن

حق العاقب من الدية على القاتل لا يصح لأن الحق لم يبق متعلقا بعينه ، وإنما الدية واجبه في ذمته فلم تنتقل إلى القاتل ، كما لو قتل غريمه .

(فصل) فإن كان القاتل هو العاقب فعليه القصاص ، سواء عفا مطلقا أو إلى مال ، وبهذا قال عكرمة والثوري ومالك والشافعي وابن المنذر ، وروى عن الحسن تؤخذ منه الدية ولا يقتل ، وقال عمر بن عبد العزيز : الحكم فيه إلى السلطان وإذا قوله تعالى : فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم (قال ابن عباس وعطاء والحسن وقتادة في تفسيرها ، أي بعد أخذه الدية . وعن الحسن عن جابر بن عبد الله قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا أعفى من قتل بعد أخذه الدية ، ولأنه قتل معصوما مكافئا فوجب عليه القصاص كما لو لم يكن قتل .

(فصل) وإذا عفا عن القاتل مطلقا صح ولم تلزمه عقوبة ، وبهذا قال الشافعي وإسحاق وابن المنذر وأبو ثور ، وقال مالك والليث والأوزاعي يضرب ويحبس سنة ولنا أنه إنما كان عليه حق واحد وقد أسقطه مستحقه فلم يجب عليه شيء آخر كما لو أسقط الدية عن القاتل خطأ .

(فصل) وإذا وكل من يستوفي القصاص صح توكيله ، نص عليه أحمد رحمه الله ، فإن وكله ثم غاب وعفا عن القصاص واستوفي الوكيل ، نظرنا فإن كان عفوه بعد القتل لم يصح لأن حقه قد استوفي ، وإن كان قتله وقد علم الوكيل به فقد قتله ظلما فعليه القود كما لو قتله ابتداء ، وإن قتله قبل العلم بعفو الموكل فقال أبو بكر لا ضمان على الوكيل لأنه لا تفريط منه ، فإن العفو حصل على وجه لا يمكن الوكيل استدراكه فلم يلزمه ضمان ، كما لو عفا بعد ما رماه ؛ وهل يلزم الموكل الضمان؟ فيه قولان : أحدهما لا ضمان عليه لأن عفوه غير صحيح لما ذكرنا من حصوله في حال لا يمكنه استدراك الفعل فوقع القتل مستحقا له فلم يلزمه ضمان ولأن العفو إحسان فلا يقتضي وجوب الضمان . والثاني عليه الضمان لأن قتل المعفو عنه حصل بأمره وتسليطه على وجه لا ذنب للبائر فيه فكان الضمان على الأمر كما لو أمر عبده الأعجمي بقتل معصوم .

وقال غير أبي بكر : في صحة العفو وجهان بناء على الروايتين في الوكيل هل ينزل بمنزل الموكل أو لا ؟ وللشافعي قولان كالوجهين ، فإن قلنا لا يصح العفو

فلا ضمان على أحد لأنه قتل من يجب قتله بأمر يستحقه ، وإن قلنا يصح العفو فلا قصاص فيه لأن الوكيل قتل من يعتقد إباحة قتله بسبب هو معذور فيه فأشبهه ما لو قتل في دار الحرب من يعتقد حرياً : ونجب الدية على الوكيل لأنه لو علم لوجب عليه القصاص فإذا لم يعلم تعلق به الضمان ، كما لو قتل مرتداً قد أسلم قبل علمه بإسلامه ويرجع بها على الموكل لأنه غره بتسليطه على القتل بتفريطه في ترك إعلامه بالعفو فيرجع عليه كالغار في النكاح بحرية أمة أو تزوج معيبة . ويحتمل أن لا يرجع عليه لأن العفو إحسان منه فلا يقتضى الرجوع عليه ، فعلى هذا تكون الدية على عاقلة الوكيل ، وهذا اختيار أبي الخطاب لأن هذا جرى مجرى الخطأ فأشبهه ما لو قتل في دار الحرب مسلماً يعتقد حرياً .

وقال القاضى : هو في مال الوكيل لأنه عن عمد محض وهذا لا يصح لأنه لو كان عمداً محضاً لأوجب القصاص ، ولأنه يشترط في العمد المحض أن يكون عالماً بحال المحل وكونه معصوماً ولم يوجد هذا ، وإن قال هو عمد الخطأ فعمد الخطأ تحمله العاقلة . ذكره الحرقى ودل عليه خبر المرأة التى قتلت جاريتها وجنينها بسطح ، فقضى النبي (ص) بالدية على عاقلتها ، واختلف أصحاب الشافعى على هذين الوجهين فعلى قول القاضى . إن كان الموكل عفا إلى الدية وله الدية في تركه الجاني ولورثة الجاني مطالبة الوكيل بدينه وليس للموكل مطالبة الوكيل بشيء ، فإن قيل فقد قلنا فيما إذا كان القصاص لأخوين فقتله أحدهما فعليه نصف الدية ولا أخيه مطالبة به في وجهه ، قلنا ثم أتلف حقه فرجع ببذله عليه وهما أتلفه بعد سقوط حق الموكل عنه فافترقا .

وإن قلنا إن الوكيل يرجع على الموكل احتتمل أن تسقط الديتان لأنه لا فائدة في أن يأخذها الورثة من الوكيل ثم يدفعوها إلى الموكل : ثم يردّها الموكل إلى الوكيل ، فيكون تكليفاً لكل واحد منهم بغير فائدة : ويحتمل أن يجب ذلك لأن الدية الواجبة في ذمة الوكيل لغير من للوكيل الرجوع عليه ، وإنما تسقط الديتان إذا كان لكل واحد من الغريمين على صاحبه مثل ما له عليه ولأنه قد تكون الديتان مختلفتين بأن يكون أحد المقتولين رجلاً والآخر امرأة فعلى هذا يأخذ ورثة الجاني دينه من الوكيل ويدفعون إلى الموكل دينه وليه ثم يرد

الموكل إلى الوكيل قدر ما غرمه ، وإن أقال ورثة الجاني الموكل على الوكيل بدية
ولهم صح ، فإن كان الجاني أقل دية مثل أن تكون امرأة قتلت رجلا فقتلها
الوكيل فلورثتها إحالة الموكل بديتها لأنه القدر الواجب لهم على الوكيل فيسقط عن
الوكيل والموكل جميعاً ويرجع الموكل على ورثتها بنصف دية وليه ، وإن كان الجاني
رجلا قتل امرأة فقتله الوكيل فلورثة الجاني إحالة الموكل بدية المرأة لأن الموكل
لا يستحق عليهم أكثر من ديتها وبطالبون الوكيل بنصف دية الجاني ثم يرجع به
على الموكل

(فصل) وإذا جنى على الإنسان فيما دون النفس جناية توجب القصاص
فعفا عن القصاص ثم سرت الجناية إلى نفسه فمات لم يجب القصاص . وبهذا قال
أبو حنيفة والشافعي ، وحكى عن مالك أن القصاص واجب لأن الجناية صارت
نفساً ولم يعف عنها

ولنا . أنه يتعذر استيفاء القصاص في النفس دون ما عفا عنه فسقط في النفس
كما لو عفا بعض الأولياء ، ولأن الجناية إذا لم يكن فيها قصاص مع إمكانه لم يجب
في سرايتها كما لو قطع يد مرتد ثم أسلم ثم مات منها نظرنا فإن كان عفا على مال
فله الدية كاملة ، وإن عفا على غير مال وجبت الدية إلا أرش الجراح الذي عفا
عنه ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة تجب الدية كاملة لأن الجناية صارت
نفساً وحقه في النفس لا فيها عفا عنه ، وإذا سقط القصاص للشبهه ، وإن قال عفوت
عن الجناية لم يجب شيء لأن الجناية لا تختص بالقطع ، وقال القاضي فيما إذا عفا
عن القطع : ظاهر كلام أحمد أنه لا يجب شيء وبه قال أبو يوسف ومحمد لأنه قطع
غير مضمون فكذلك سرايته

ولنا أنها سراية جناية أوجب الضمان فكانت مضمونة كما لو لم يعف وإنما
سقطت ديتها بعفوه عنها فيختص السقوط بعفا عنه دون غيره والمعفو عنه نصف
الدية لأن الجناية أوجب نصف الدية فإذا عفا سقط ما وجب دون ما لم يجب
فإذا صارت نفساً وجب بالسراية نصف الدية ولم يسقط أرش الجرح فيما إذا لم
يعف وإنما تكملت الدية بالسراية

(فصل) فإن كان الجرح لا قصاص فيه كالجائفة ونحوها فعفا عن القصاص فيه

ثم سرى إلى النفس فلوليه القصاص ، لأن القصاص لم يجب في الجرح فلم يصح العفو عنه ، وإنما وجب القصاص بعد عفوه وله العفو عن القصاص وله كمال الدية وإن عفا عن دية الجرح صح وله بعد السراية دية النفس إلا أرش الجرح ، ولا يتمتع وجوب القصاص في النفس مع أنه لا يجب كمال الدية بالعفو عنه ، كما لو قطع يداً فاندملت واقتصر بها ثم انتقضت وسرت إلى النفس فله القصاص في النفس وليس له العفو إلا على نصف الدية ، وإن قطع يده من نصف الساعد فعفا عن القصاص ، ثم سرى فعلى قول أبي بكر لا يسقط القصاص في النفس ، لأن القصاص لم يجب فهو كالجائفة ، ومن جوز له القصاص من الكوع أسقط القصاص في النفس ، كما لو كان القطع من الكوع .

وقال المزني : لا يصح العفو عن دية الجرح قبل اندماله فلو قطع يداً فعفا عن ديتها وقصاصها ، ثم اندملت لم تسقط ديتها ، وسقط قصاصها لأن القصاص قد وجب فيها ، فصح العفو عنه بخلاف الدية وليس بصحيح ، لأن دية الجرح إنما وجبت بالجناية إذ هي السبب ، ولهذا لو جن على طرف عبد ثم باعه قبل موته كان أرش الطرف لباثمه لا لمشتريه ، وتأخير المطالبة به لا يلزم منه عدم الوجوب وامتناع صحة العفو كالدين المؤجل لا تملك المطالبة به ، ويصح العفو عنه كذا همنا

(فصل)

وإن قطع يده فعفا عنه ، ثم عاد الجاني فقتله فلوليه القصاص ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، قال بعضهم : لا قصاص . لأن العفو حصل عن بعضه ، فلا يقتل به ، كما لو سرى القطع إلى نفسه .

ولنا أن القتل انفرد عن القطع ، فعفوه عن القطع لا يمنع ما يلزم بالقتل كما لو كان القاطع غيره ، وإن اختار الدية فقال القاضي : إن كان العفو عن الطرف إلى غير دية فله بالقتل نصف الدية ، وهو ظاهر مذهب الشافعي ، لأن القتل إذا تعقب الجناية قبل الاندمال كان كالسراية ، ولذلك لو لم يعف لم يجب أكثر من دية ، والقطع يدخل في القتل في الدية دون القصاص ، ولذلك لو أراد القصاص كان له أن يقطع ثم يقتل ، ولو صار الأمر إلى الدية لم يجب إلا دية واحدة .

وقال أبو الخطاب: له العفو الى دية كاملة ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى ، لأن القطع منفرد عن القتل ، فلم يدخل حكم أحدهما فى الآخر ، كما لو اندمل ، ولأن القتل موجب للقتل فأوجب الدية كاملة كما لو لم يتقدمه عفو وفارق السراية فإنها لم توجب قتلا ، ولأن السراية عفى عن سببها والقتل لم يعف عن شئ منه ، ولا عن سببه ، وسواء فيما ذكرنا كان العافى عن الجرح أخذ دية طرفه أو لم يأخذها

(فصل)

وان قطع أصبعاً فعفا المجنى عليه عن القصاص ، ثم سرت الجناية الى الكف ثم اندمل الجرح لم يجب القصاص لما ذكرنا فى النفس ، ولأن القصاص سقط فى الأصبع بالعفو فصارت اليد ناقصة لا تؤخذ بها الكاملة ، ثم ان كان العفو الى الدية وجبت الدية كلها ، وان كان على غير مال خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا فيما إذا قطع بدا فعفا المجنى عليه ، ثم سرى الى نفسه ، فعلى هذا يجب ههنا دية الكف لا دية الأصبع ، ذكره أبو الخطاب ، وهو مذهب الشافعى ، وقال القاضى : ظاهر كلام أحمد أن لا يجب شئ : وهو قول أبى يوسف ومحمد ، لأن العفو عن الجناية عفو عما يحدث منها ، وقد قال القاضى : ان القياس فيما إذا قطع اليد ، ثم سرى الى النفس أن يجب نصف الدية فيلزمه أن يقول مثل ذلك ههنا .

فصل : فإن قال : عفوت عن الجناية وما يحدث منها صح عفوه ولم يكن له فى سرايتها قصاص ، ولادية فى ظاهر كلام أحمد ، وسواء عفا بلفظ العفو أو الوصية وعن قال بصحة عفو المجروح عن دمه . مالك وطاوس والحسن وقتادة والأوزاعى وقال أصحاب الشافعى : إذا قال : عفوت عن الجناية ، وما يحدث منها ففيه قولان أحدهما : أنه وصية فيدين على الوصية للقاتل ، وفيما قولان . أحدهما : لا يصح . فتجب دية النفس الا دية الجرح .

والثانى : يصح . فإن خرجت من الثلث سقط . وإلا سقط منها ما خرج من الثلث ، ووجب الباقي ، والقول الثانى : ليس بوصية لأنه إسقاط فى الحياة فلا يصح وتلزمه دية النفس الا دية الجرح .

ولنا أنه أسقط حقه بعد انعقاد سببه فسقط كما لو أسقط الشفعة بعد البيع ، إذا ثبت هذا : فلا فرق بين أن يخرج من الثلث أو لم يخرج ، لأن موجب العمد

القول في إحدى الروايتين ، أو أحد شئيين في الرواية الأخرى فما تعينت الدية ولا تعينت الوصية بمال : ولذلك صح العفو من المفلس الى غير مال ، وأما جناية الخطأ فإذا عفا عنها وعمّا يحدث منها اعتبر خروجها من الثلث ، سواء عفا بالفظ العفو أو الوصية أو الإبراء أو غيرها ، فإن خرجت من الثلث صح عفوّه في الجميع وإن لم تخرج من الثلث سقط عنه من ديتها ما احتمله الثلث ، وبهذا قال مالك والثوري وأصحاب الرأي ونحوه قال عمر بن عبد العزيز والأوزاعي وإسحاق : لأن الوصية ههنا بمال .

(فصل - فإن اختلف الجاني والولي أو المجني عليه ، فقال الجاني : عفوت مطلقا ، وقال المجني عليه : بل عفوت الى مال ، أو قال : عفوت عن الجناية وما يحدث منها ، قال : بل عفوت عنها دون ما يحدث منها ، فالقول قول المجني عليه أو وليه إن كان الخلاف معه ، لأن الأصل عدم العفو عن الجميع ، وقد ثبت العفو عن البعض بإقراره فيكون القول في عدم سقوطه قوله .

مسألة ، قال (وإذا اشترك الجماعة في القتل فأحب الأولياء أن يقتلوا الجميع فلم ذلك ، وإن أحبوا أن يقتلوا البعض ويعفوا عن البعض ، وبأخذوا الدية من الباقيين فلم ذلك)

أما قتلهم للجميع فقد ذكرناه فيما مضى ، وأما إن أحبوا قتل البعض فلم ذلك لأن كل من لهم قتله فلم العفو عنه كالمفرد ، ولا يسقط القصاص عن البعض بعفو البعض لأنهما شخصان فلا يسقط القصاص عن أحدهما بإسقاطه عن الآخر كما لو قتل كل واحد رجلا ، وأما إذا اختاروا أخذ الدية من القاتل أو من بعض القتله ، فإن لهم هذا من غير رضا الجاني ، وبهذا قال سعيد بن المسيب وابن سيرين والشافعي وعطاء ومجاهد وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر .

وقال النخعي ومالك وأبو حنيفة : ليس للأولياء إلا القتل ، إلا أن يصطلحوا على الدية برضا الجاني ، وعن مالك رواية أخرى كقولنا ، واحتجوا بقوله تعالى (كتب عليكم القصاص) والمكتوب لا يتخير فيه ، ولأنه متلف يجب به البدل فكان بدله معينا كساتر أبدال المتلفات .

ولنا قول الله تعالى (فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان) قال ابن عباس : كان في بني إسرائيل القصاص ، ولم يكن فيهم الدية فانزل الله تعالى هذه الآية (كتب عليكم القصاص في القتلى) الآية - (فمن عفى له من أخيه شيء) فاعفو أن تقبل في العمد الدية (فاتباع بالمعروف) يتبع الطالب بالمعروف ويؤدي إليه المطلوب (بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة) مما كتب على من قبلكم ، رواه البخاري .

وروى أبو هريرة قال : قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودي وأما يقاد ، متفق عليه .
وروى أبو شريح : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ثم أنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل ، وأنا والله عاقله : فمن قتل بعده قتيلًا فأهله بين خيرتين : أن أحبوا قتلوا وأن أحبوا أخذوا الدية ، رواه أبو داود وغيره ولأن القتل المضمون ، إذا سقط فيه القصاص من غير إبراء ثبت المال ، كما لو عفا بعض الورثة ، ويخالف سائر المتلفات لأن بدلها يجب من جنسها ، وههنا يجب في الخطأ وعمد الخطأ من غير الجنس ، فإذا رضى في العمد بدل الخطأ كان له ذلك ، لأنه أسقط بعض حقه ولأن القاتل أمكنه إحياء نفسه ببذل الدية فلزمه وينتقض ما ذكره بما إذا كان رأس الشاج أصغر ، أو يد القاطع أنقص فانهم سلموا فيهما .

(فصل)

واختلفت الرواية في موجب العمد فروى عن أحمد رحمه الله أن موجب القصاص عينا لقوله عليه السلام : من قتل عمداً فهو قود ، ولما ذكره في دليلهم وروى أن موجب أحد شيئين القصاص أو الدية لما ذكرناه قبل هذا ولأن الدية أحد بدلي النفس فكانت بدلا عنها لا عن بدلها كالقصاص ، وأما الخبر فالمراد به وجوب القود ، ونحن نقول به ، ويخالف القتل سائر المتلفات ، لأن بدلها لا يختلف بالقصد وعدمه والقتل بخلافه ، وللشافعي قولان كالروايتين ، فإذا قلنا : موجب القصاص عينا فله العفو إلى الدية والعفو مطلقا فإذا عفا مطلقا لم يجب شيء ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي .

وقال بعضهم : تجب الدية لئلا يطل الدم وليس بشيء لأنه لو عفا عن الدية بعد وجوبها صح عفوّه ، وإن عفا عن القصاص بغير مال لم يجب شيء ، فأما إن عفا عن الدية لم يصح عفوّه ، لأنها لم تجب ، وإن قلنا : الواجب أحد شيئين لا بعينه فعفا عن القصاص مطلقاً أو إلى الدية وجبت الدية لأن الواجب غير معين ، فإذا ترك أحدهما وجب الآخر ، وإن اختار الدية سقط القصاص ، وإن اختار القصاص تعين وهل له بعد ذلك العفو على الدية .

قال القاضي : له ذلك ، لأن القصاص أعلى فكان له الانتقال إلى الأدنى ، ويكون بدلاً عن القصاص ، وليست التي وجبت بالقتل كما قلنا في الرواية الأولى أن الواجب القصاص عينا ، وله العفو إلى الدية ، ويحتمل أنه ليس له ذلك لأنه أسقطها باختباره القود فلم يعد إليها .

(فصل)

وإذا جنى عبد على حر جنابة موجهة للقصاص فاشتراه المجنى عليه بأرش الجنابة سقط القصاص لأن عدوله إلى الشراء اختيار للمال ولا يصح الشراء لهما إن لم يعرفا قدر الأرض فائمن بمجهول ، وإن عرفا عدد الإبل وأسنانها فصفتها بمجهول والجمل بالصفه كالجهل بالذات في فساد البيع ، ولذلك لو باعه شيئاً بجمل جذع غير معروف الصفه لم يصح ، وإن قدر الأرض بذهب أو فضة وباعه به صح .

(فصل) إذا وجب القصاص لصغير لم يجوز لوليّه العفو إلى غير مال لأنه لا يملك إسقاط حقه ، وإن أحب العفو إلى مال وللصبي كفاية من غيره لم يجوز لأن فيه تفويت حقه من غير حاجة فإن كان فقيراً محتاجاً ففيه وجهان :

أحدهما : له ذلك لحاجته إلى المال لحفظه قال القاضي هذا أصح . والثاني . لا يجوز لأنه لا يملك إسقاط قصاصه وأما حاجته فإن نفقته في بيت المال والصحيح الأول فإن وجوب النفقة في بيت المال لا يغنيه إذا لم يحصل ، فأما إن كان مستحق القصاص مجنوناً فقيراً فلوليّه العفو على المال لأنه ليست له حالة معتادة ينتظر فيها رجوع عقله .

(فصل) ويصح عفو المفلس والمحجور عليه لسفه عن القصاص لأنه ليس بمال ، وإن أراد المفلس القصاص لم يكن لغرمائه إجباره على تركه ، وإن أحب

العفو عنه الى مال فله ذلك لان فيه حظا للغرماء : وان أراد العفو على مال انبنى على الروايتين ، ان قلنا الواجب القصاص فله ذلك لانه لم يثبت له مال يتعلق به حق الغرماء ، وان قلنا الواجب أحد شئنين لم يملك لان المال يجب بقوله عفو عن القصاص فقوله على غير مال إسقاط له بعد وجوبه وتعيينه ولا يملك ذلك وهكذا الحكم في السفية ووارث المفلس ، وان عفا المريض على غير مال فذكر القاضى فى موضع أنه يصح سواء خرج من الثلث أو لم يخرج ، وذكر أن أحمد نص على هذا ، وقال فى موضع يعتبر خروجه من ثلثه ولعله ينبى على الروايتين فى موجب العمد على ما مضى .

(فصل) واذا قتل من لا وارث له فالامر الى السلطان فان أحب القصاص فله ذلك وان أحب العفو على مال فله ذلك ، وان أحب العفو الى غير مال لم يملكه لان ذلك للسليين ولا حظ لهم فى هذا وهذا قول أصحاب الراى الا أنهم لا يرون العفو على مال الا برضا الجانى .

(فصل) واذا اشترك الجماعة فى القتل فعنى عنهم الى الدية فعليهم دية واحدة وان عفا عن بعضهم فعلى المعفو عنه قسطه من الدية : لان الدية بدل المحل وهو واحد فتكون ديته واحدة سواء أتلفه واحد أو جماعة . وقال ابن موسى فيه رواية أخرى أن على كل واحد دية كاملة لان له قتل كل واحد منهم فكان على كل واحد منهم دية نفس كاملة ، كما لو قلع الاعور عين صحيح فانه تجب عليه دية عينه وهو دية كاملة . والصحيح الاول لان الواجب بدل المتلف فلا يختلف المتلف ولذلك لو قتل عبد قيمته ألفان حرأ لم يملك العفو على أكثر من الدية . وأما القصاص فانه عقوبة على الفعل فيتعدد بتعدد

مسألة ، قال (وان قتل من للأولياء ان يقيدوا به فبذل القاتل أكثر من الدية على ان لا يقاد للأولياء قبول ذلك)

وجملته أن من له النصاص له أن يصلح عنه بأكثر من الدية وبقدرها وأقل منها لا أعلم فيه خلافا لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله

صلى الله عليه وسلم من قتل عمداً دفع إلى أولياء المقتول ، فإن شاموا قتلوا وإن شاموا أخذوا الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفه ، وما صولحوا عليه فهو لهم وذلك لتشديد القتل ، رواه الترمذى وقال حديث حسن غريب ، وروينا أن هذبة بن خشرم قتل قتيلاً فبذل سعيد بن العاص والحسن والحسين لابن المقتول سبع ديات ليغفروا عنه فأبى ذلك وقلته ، ولأنه عوض عن غير مال فجاز الصلح عنه ، ما اتفقوا عليه كالصداق ، عوض الخلع ولأنه صلح عما لا يجزى فيه الربا فأشبه الصلح عن العروض .

« مسألة ، قال (وإذا أمسك رجلاً وقتله آخر قتل القاتل وحبس الماسك حتى يموت) »

يقال أمسك ومسك ومسك ، وقد جمع الحرقى بين اللغتين فقال : إذا أمسك وحبس الماسك ، وهو اسم الفاعل من مسك مخففاً ، ولا خلاف في أن القاتل يقتل ، لأنه قتل من يكافئه عمداً بغير حق . وأما الممسك فإن لم يعلم أن القاتل يقتله فلا شيء عليه لأنه متسبب والقاتل مباشر فسقط حكم المتسبب به وإن أمسكه له ليقته مثل أن ضبطه له حتى ذبحه له ، فاختلفت الرواية فيه عن أحمد ، فروى عنه أنه يحبس حتى يموت . وهذا قول عطاء وربيعة ، وروى ذلك عن علي ، وروى عن أحمد أنه يقتل أيضاً ، وهو قول مالك . قال سليمان بن أبي موسى : الاجتماع فيما أن يقتل لأنه لو لم يمسكه ما قدر على قتله وبإمساكه تمكن من قتله فالقتل حاصل بفعلهما فيكونان شريكين فيه فيجب عليهما القصاص ، كما لو جرحاه وقال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر : يعاقب ويأثم ولا يقتل ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن أعتى الناس على الله من قتل غير قاتله ، والممسك غير قاتل ، ولأن الإمساك سبب غير ملجئ . فإذا اجتمعت معه المباشرة كان الضمان على المباشر ، كما لو لم يعلم الممسك أنه يقتله .

ولنا ما روى الدارقطنى بإسناده عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا أمسك الرجل وقتله الآخر يقتل الذي قتل ويحبس الذي أمسك ، ولأنه حبسه إلى الموت فيحبس الآخر إلى الموت ، كما لو حبسه عن الطعام والشراب حتى مات فإننا نفعل به ذلك حتى يموت . »

(فصل) وان اتبع رجلا ليقتله فهرب منه فأدركه آخر فقطع رجله ثم أدركه الثاني فقتله نظرت فإن كان قصد الاول حبسه بالقطع ليقتله الثاني فعليه القصاص في القطع وحكمه في القصاص في النفس حكم المسك لانه حبسه على القتل ، وان لم يقصد حبسه فعليه القطع دون القتل كالذي أمسكه غير عالم ، وفيه وجه آخر ليس عليه الا القطع بكل حال والاول أصح لانه الحابس له بفعله فأشبه الحابس بامساكه فإن قيل لم اعتبرتم قصد الامساك ههنا وأنتم لا تعتبرون إرادة القتل في الخارج؟ قلنا : اذا مات من الجرح فقد مات من سرايته وأثره ، فتعتبر قصد الجرح الذي هو السبب دون قصد الاثر ، وفي مسألتنا إنما كان موته بأمر غير السراية والفعل يمكن له عليه فاعتبر قصده اذ لك الفعل كما لو أمسكه .

• مسألة ، قال (ومن أمر عبده أن يقتل رجلا وكان العبد أعجميا لا يعلم أن القتل محرم قتل السيد ، وان كان يعلم خطر القتل قتل العبد وأدب السيد)

إنما ذكر الخرق كونه أعجميا وهو الذي لا يفصح ليتحقق منه الجمل ، وإنما يكون الجهل في حق من نشأ في غير بلاد الاسلام . فأما من أقام في بلاد الاسلام بين أهله فلا يخفى عليه تحريم القتل ولا يعذر في فعله ، ومتى كان العبد يعلم تحريم القتل فالقصاص عليه ويؤدب سيده لأمره بما أفضى الى القتل بما يراه الامام من الحبس والتعزير ، وان كان غير عالم بخطره فالقصاص على سيده ويؤدب العبد ، قال أحمد بضرب ويؤدب ، ونقل عنه أبو طالب قال : يقتل الولي ويحبس العبد حتى يموت ، لان العبد سوط المولى وسيفه ، كذا قال علي وأبو هريرة ، وقال علي رضي الله عنه يستودع السجن ، ومن قال بهذه الجملة الشافعي ، ومن قال ان السيد يقتل علي وأبو هريرة . وقال قتادة : يقتلان جميعاً ، وقال سليمان بن موسى لا يقتل الأمر ولكن يديه ، ويعاقب ويحبس لأنه لم يباشر القتل ولا ألجأ اليه فلم يجب عليه قصاص كما لو علم العبد خطر القتل .

ولنا أن العبد اذا كان غير عالم بخطر القتل فهو معتد بإباحته ، وذلك شبهة تمنع القصاص كما لو اعتقده صيدا فرماه فبان انسانا ، ولان حكمة القصاص الردع والزجر ولا يحصل ذلك في معتقد الإباحة ، واذا لم يجب عليه وجب على السيد لانه

آلة له لا يمكن إيجاب القصاص عليه فوجب على المتسبب به كما لو أهشه حبة أو كلباً أو ألقاه في زبية أسد فأكله ، ويفارق هذا ما إذا علم خطر القتل فإن القصاص على العبد لإمكان إيجابه عليه وهو مباشر له فانقطع حكم الأمر كالدافع مع الخافر ويكون على السيد الأدب لتعديده بالتسبب إلى القتل .

(فصل) ولو أمر صبيلاً لا يميز أو مجنوناً أو أعمى لا يعلم خطر القتل فقتل فالحكم فيه كالحكم في العبد يقتل الأمر دون المباشر : ولو أمره بزنا أو سرقة لم يجب الحد على الأمر لأن الحد لا يجب إلا على المباشر والقصاص يجب بالنسب ولذلك وجب على المكره والشهود في القصاص .

(فصل) ولو أمر السلطان رجلاً فقتل آخر فإن كان القاتل يعلم أنه لا يستحق قتله فالقصاص عليه دون الأمر لأنه غير معذور في فعله ، فإن النبي (ص) قال : لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ، وعنه عليه السلام أنه قال : من أمركم من الولاية بغير طاعة الله تعالى فلا تطيعوه ، فلزمه القصاص كما لو أمره غير السلطان فإن لم يعلم ذلك فالقصاص على الأمر دون المأمور لأن المأمور معذور لو جوب طاعة الامام فيما ليس بمعصية ، والظاهر أنه لا يأمر إلا بالحق . وإن أمره غير السلطان من الرعية بالقتل فقتل فالقود على المأمور بكل حال ، علم أو لم يعلم لأنه لا يلزمه طاعته . وليس له القتل بحال ، بخلاف السلطان وإن أليه القتل للردة والزنا وقطع الطريق إذا قتل القاطع ، ويستوفى القصاص للناس ، وهذا ليس إليه شيء من ذلك ، وإن أكرهه السلطان على قتل أحد أو جلده بغير حق فمات فالقصاص عليهما وإن وجبت الدية كانت عليهما ، فإن كان الامام يعتقد جواز القتل دون المأمور كسلم قتل ذمياً أو حر قتل عبداً فقتله ، فقال القاضي الضمان عليه دون الامام لأن الامام أمره بما أدى اجتهاده اليه والمأمور لا يعتقد جوازه فلم يكن له أن يقبل أمره ، فاذا قتله لزمه الضمان لأنه قتل من لا يحل له قتله ، وينبغي أن يفرق بين العاصي والمجتهد . فإن كان مجتهداً بالحكم فيه على ما ذكر القاضي ، وإن كان مقلداً فلا ضمان عليه لأن له تقليد الامام فيما رآه وإن كان الامام يعتقد تحريمه والقاتل يعتقد حله فالضمان على الأمر . كما لو أمر السيد الذي لا يعتقد تحريم القتل به والله أعلم

كتاب الديات

الأصل في وجوب الدية الكتاب والسنة والاجماع :

أما الكتاب فقول الله تعالى : ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبته مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا (الآية .

وأما السنة فروى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب لعمر بن حزم كتاباً إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات . وقال فيه : وإن في النفس مائة من الإبل ، رواه النسائي في سننه ومالك في موطئه ، قال ابن عبد البر : وهو كتاب مشهور عند أهل السير ومعروف عند أهل العلم معرفة يستغنى بشهرتها عن الاسناد ، لأنه أشبه المتواتر في مجيئه في أحاديث كثيرة تأتي في مواضعها من الباب إن شاء الله ، وأجمع أهل العلم على وجوب الدية في الجمله

مسألة ، قال أبو القاسم رحمه الله (ودية الحر المسلم مائة من الإبل)

أجمع أهل العلم على أن الإبل أصل في الدية وأن دية الحر المسلم مائة من الإبل وقد دلت عليه الأحاديث الواردة ، منها حديث عمرو بن حزم وحديث عبد الله بن عمر في دية خطأ العمدة وحديث ابن مسعود في دية الخطأ وسند كرها إن شاء الله . وظاهر كلام الخرق أن الأصل في الدية الإبل لا غير ، وهذا إحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله ، ذكر ذلك أبو الخطاب وهو قول طاوس والشافعي وابن المنذر وقال القاضي : لا يختلف المذهب أن أصول الدية الإبل والذهب والورق والبقر والغنم ، فمذهبه خمسة لا يختلف المذهب فيها ، وهذا قول عمر وعطاء وطاوس وفقهاء المدينة السبعة وبه قال الثوري وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد لأن عمرو بن حزم روى في كتابه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن : وإن في النفس المؤمنة مائة من الإبل وعلى أهل الورق ألف دينار ، رواه النسائي

وروى ابن عباس : أن رجلاً من بني عدى قتل فجعل النبي صلى الله عليه وسلم

ديته اثني عشر ألفاً، رواه أبو داود وابن ماجه ، وروى الشعبي أن عمر جعل على أهل الذهب ألف دينار

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر قام خطيباً فقال ، ألا إن الأبل قد غلت فقوم على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق اثني عشر ألفاً، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل الشاة ألفي شاة، وعلى أهل الحلال مائتي حلة ، رواه أبو داود

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم ، ألا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الأبل ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين دية العمد والخطأ فحافظ بعضها وخفف بعضها ولا يتحقق هذا في غير الأبل ، ولأنه بدل متلف حقاً لأدمي فكان متعيناً كعوض الأموال ، وحديث ابن عباس يحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم أوجب الورق بدلاً عن الأبل ، والخلاف في كونها أصلاً وحديث عمرو بن شعيب يدل على أن الأصل الأبل ، فإن إيجابه لهذه المذكورات على سبيل التقويم لغلاء الأبل ، ولو كانت أصولاً بنفسها لم يكن إيجابها تقويماً للأبل ولا كان لغلاء الأبل أثر في ذلك ولا لذكره معنى

وقد روى أنه كان يقوم الأبل قبل أن تغلو بثمانية آلاف درهم ، ولذلك قيل إن دية الذمي أربعة آلاف درهم وديته نصف الدية فكان ذلك أربعة آلاف حين كانت الدية ثمانية آلاف درهم

(فصل) فإذا قلنا هي خمسة أصول فإن قدرها من الذهب ألف— مثقال ومن الورق اثنا عشر ألف— درهم ، ومن البقر والحلل مائتان ، ومن الشاة ألفان ولم يختلف القائلون بهذه الأصول في قدرها من الذهب ولا من سائرهما إلا الورق فإن الثوري وأباحنيفة وصاحبيه قالوا قدرها عشرة آلاف من الورق، وحكى ذلك عن ابن شبرمة لما روى الشعبي أن عمر جعل على أهل الورق عشرة آلاف، ولأن الدينار معدول في الشرع بعشرة دراهم بدليل أن نصاب الذهب عشرون مثقالاً ونصاب الفضة مائتان وبما ذكرناه قال الحسن وعروة ومالك والشافعي في قول، وروى ذلك عن عمرو بن علي وابن عباس لما ذكرنا من حديث ابن عباس وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عمر ولأن الدينار معدول باثني عشر درهماً ، بدليل أن عمر فرض

الجزية على الفين أربعة دنانير أو ثمانية وأربعين درهما ، وعلى المتوسط دينارين أو أربعة وعشرين درهما وعلى الفقير ديناراً أو اثنا عشر درهما وهذا أولى مما ذكره في نصاب الزكاة ولأنه لا يلزم أن يكون نصاب أحدهما معدولاً بنصاب الآخر كما أن السائبة من بهيمة الأنعام ليس نصاب شيء منها معدولاً بنصاب غيره . قال ابن عبد البر : ليس مع من جعل الدية عشرة آلاف عن النبي صلى الله عليه وسلم حديث مسند ولا مرسل ، وحديث الشعبي عن عمر يخالفه حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه .

(فصل) وعلى هذا أى شيء أحضره من عليه الدية من القاتل أو العاقلة من هذه الأصول لزم الولي أخذه ولم يكن له المطالبة بغيره سواء كان من أهل ذلك النوع أو لم يكن لأنها أصول في قضاء الواجب يحزى واحد منها فكانت الخيرة إلى من وجبت عليه كخصال الكفارة وكشأن الجبران في الزكاة مع الدراهم .

وان قلنا الأصل الإبل خاصة فعليه تسليمها إليه سليمة من العيوب وأيهما أراد العدول عنها إلى غيرها فلآخر منه لأن الحق متعين فيها فاستحقت كالمثل في المثليات المتألفه ، ، وان أعوزت الإبل ولم توجد إلا بأكثر من ثمن المثل فله العدول إلى ألف دينار أو اثني عشر ألف درهم وهذا قول الشافعي القديم .

وقال في الجديد تجب قيمة الإبل بالغة ما بلغت لحديث عمرو بن شعيب عن عمر في تقويم الإبل ، ولأن ما ضمن بنوع من المال وجبت قيمته كذوات الأمثال ولأن الإبل إذا أجزأت إذا قلت قيمتها ينبغي أن تجزى . وان كثرت قيمتها كالدينارين إذا غلت أو رخصت وهكذا ينبغي أن نقول إذا غلت الإبل كلها ، فأما ان كانت الإبل موجودة بثمن مثلاً إلا أن هذا لم يجدها لتكونها في غير بلده ونحو ذلك ، فإن عمر قوّم الدية من الدراهم اثني عشر ألفاً وألف دينار .

(فصل) وظاهر كلام الحرقى أنه لا تعتبر قيمة الإبل بل متى وجدت على الصفة المشروطة وجب أخذها قلت قيمتها أو كثرت ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي وذكر أصحابنا أن ظاهر مذهب أحمد أن تؤخذ مائة قيمة كل بعير منها مائة وعشرون درهما فإن لم يقدر على ذلك أدى اثني عشر ألف درهم أو ألف دينار لأن عمر

قوم الابل على أهل الذهب ألفـ مثقال وعلى أهل الورق اثني عشر ألفا فدل على أن ذلك قيمتها ولأن هذه ابدال محل واحد فيجب أن تتساوى في القيمة كالمثل والقيمة في بدل القرض والمتلف في المثليات .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : في النفس المؤمنة مائة من الابل ، وهذا مطلق فتقيده بخالف اطلاقه فلم يجز الا بدليل ولانها كانت تؤخذ على عمـ رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيمتها ثمانية آلاف .

وقول عمر في حديثه ان الابل قد غلت فقومها على أهل الورق اثني عشر ألفا دليل على أنها في حال رخصها أقل قيمة من ذلك ، وقد كانت تؤخذ في عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدر من ولاية عمر مع رخصها وقلة قيمتها ونقصها عن مائة وعشرين فإيجاب ذلك فيها خلاف سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن النبي : (ص) فرق بين دية الخطأ والعمد فغلظ دية العمد وخفف دية الخطأ .

وأجمع عليه أهل العلم واعتبارها بقيمة واحدة تسوية بينهما ، وجمع بين ما فرقه الشارع وازالة للتخفيف والتغليظ جميعا بل هو تغليظ لدية الخطأ ، لان اعتبار ابن مخاض بقيمة ثنية أو جذعة يشق جداً فيكون تغليظا للدية في الخطأ وتخفيفاً لدية العمد وهذا خلاف ما قصده الشارع ، وورد به . ولأن العادة نقص قيمة بنات المخاض عن قيمة الحقائق والجذعات فلو كانت تؤدي على عهد النبي صلى الله عليه وسلم بقيمة واحدة ويعتبر ذلك فيها لنقل ولم يجز الا خلال به لان ما ورد به الشرع مطلقا انما يحمل على العرف والعادة فإذا أريد به ما يخالف العادة وجب بيانه وايضاحه لئلا يكون تليسا في الشريعة وايهامهم أن حكم الله خلاف ما هو حكمه على الحقيقة والنبي (ص) بعث للبيان قال الله تعالى (لتبين للناس ما نزل اليهم) فكيف يحمل قوله على الالباس والالغاز ؟ هذا مما لا يحل .

ثم لو حمل الامر على ذلك لكان الاسنان عبثا غير مفيد فان فائدة ذلك انما هو كون اختلاف أسنانها مظنة اختلاف القيم فأقيم مقامه ، ولان الابل أصل في الدية فلا تعتبر قيمتها بغيرها كالذهب والورق ، ولانها أصل في الوجوب فلا تعتبر قيمتها كالابل في السلم وشاة الجبران ، وحديث عمرو بن شعيب حجة لنا فان الابل

كانت تؤخذ قبل أن تغلو ويقومها عمر وقيمتها أقل من اثني عشر ألفا ، وقد قيل إن قيمتها كانت ثمانية آلاف ولذلك قال عمر : دية الكتاني أربعة آلاف ، وقولهم إنما أبدال محل واحد قلنا أن نمنع ونقول البديل إنما هو الأبل وغيرها معتبر بها ، وإن سلنا فهو منتقض بالذهب والورق فإنه لا يعتبر تساويها وينتقض أيضا بشاة الجبران مع الدراهم ، وأما بدل القرض والمثل فإنه هو المثل خاصة والقيمة بدل عنه ولذلك لا تجب إلا عند العجز عنه بخلاف مسائلنا

فإن قيل : هذا حجة عليكم لقولكم إن الأبل هي الأصل وغيرها بدل عنها فيجب أن يساويها كالمثل والقيمة ، قلنا : إذا ثبت لنا هذا ينبغي أن يقوم غيرها بها ولا تقوم هي غيرها لأن البديل يتبع الأصل ولا يتبع الأصل البديل على أن نقول إنما صير إلى التقدير بهذا لأن عمر رضي الله عنه قومه في وقته بذلك فوجب المصير إليه كيلا يؤدي إلى التنازع والاختلاف في قيمة الأبل الواجبة كما قدر لبن المصراة بصاع من التمر نفيا للتنازع في قيمته فلا يوجب هذا أن يرد الأصل إلى التقويم فيفضى إلى عكس حكمة الشرع ووقوع التنازع في قيمة الإبل مع وجوبها بعينها على أن المعتبر في بدل القرض مساواة المحل المقرض فاعتبر مساواة كل واحد من بدليه له والدية غير معتبرة بقيمة المثل ولهذا لا تعتبر صفاته .

وهكذا قول أصحابنا في تقويم البقر والشاة والحلل يجب أن يكون مبلغ الواجب من كل صنف منها اثني عشر ألفا فتكون قيمة كل بقرة أو حلة ستين درهما وقيمة كل شاة ستة دراهم لتساوي الأبدال كلها وكل حلة بردين فيكون أربعمئة برد .

(فصل)

ولا يقبل في الإبل معيب ولا أعجم ولا يعتبر فيها أن تكون من جنس أبله ولا أبل بلده ، وقال القاضي وأصحاب الشافعي الواجب عليه من جنس أبله سواء كان القاتل أو العاقله لأن وجوبها على سبيل المواساة فيجب كونها من جنس ما لهم كالزكاة ، فإذا كان عند بعض العاقله عراب وعند بعضهم بخاني أخذ من كل واحد من جنس ما عنده ، وإن كان عند واحد صنفان ففيه وجهان .

أحدهما . يؤخذ من كل صنف بقسطه .

والثاني : يؤخذ من الأكثر فإن استويا دفع من أيهما شاء فإن دفع من غير

إبله خيراً من إبله أو مثلهما جاز كما لو أخرج في الزكاة خيراً من الواجب ، وإن كان أدون لم يقبل إلا أن يرضى المستحق ، وإن لم يكن له إبل فمن غالب إبل البلد فإن لم يكن في البلد إبل وجب من غالب إبل أقرب البلاد إليه فإن كانت إبله عجافاً أو مراضاً كلف تحصيل صحاح من جنس ما عنده لأنه بدل متلف فلا تؤخذ فيه معيبة كقيمة الثوب المتلف ونحو هذا قال أصحابنا في البقر والغنم .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم ، في النفس المؤمنة مائة من الإبل ، أطلق الإبل فمن قيدها احتاج إلى دليل ، ولأنها بدل المتلف فلم يختص بجنس ماله كبديل سائر المتلفات ، ولأنها حق ليس سببه المال فلم يعتبر كونه من جنس ماله كالمسلم فيه والفرض ، ولأن المقصود بالدية جبر المفوت والجبر لا يختص بجنس مال من وجب عليه ، وفارق الزكاة فإنها وجبت على سبيل المواساة ليشترك الفقراء الأغنياء فيما أنعم الله تعالى به عليهم فاقضى كونه من جنس أموالهم وهذا بدل متلف فلا وجه لتخصيصه بماله .

وقولهم إنها مواساة غير صحيح ، وإنما وجبت جبراً للفاتك كبديل المال المتلف وإنما العاقلة تواسى القاتل فيما وجب بجنأيته ولهذا لا يجب من جنس أموالهم إذا لم يكونوا ذوى إبل والواجب بجنأيته إبل مطلقاً فتواسيه في تحملها ، ولأنها لو وجبت من جنس مالهم لوجب المريضة من المراض والصغيرة من الصغار كالزكاة

« مسألة ، قال (و) وإن كان القتل عمداً فهي في مال القاتل حالة أرباعاً : خمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ، وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة »

أجمع أهل العلم على أن دية العمد تجب في مال القاتل لا تحملها العاقلة وهذا قضية الأصل وهو أن بدل المتلف يجب على المتلف وأرش الجنابة على الجاني قال النبي (ص) « لا يجنى جان إلا على نفسه » وقال لبعض أصحابه حين رأى معه ولده « ابنك هذا ؟ » قال . نعم . قال « أما أنه لا يجنى عليك ولا تجنى عليه » ولأن موجب الجنابة أثر فعل الجاني فيجب أن يختص بضررها كما يختص بنفعها فإنه لو كسب كان كسبه له دون غيره ، وقد ثبت حكم ذلك في سائر الجنابات

والاكساب ، وإنما خواف هذا الأصل في قتل المذنب فيه لكثرة الواجب وعجز الجاني في الغالب عن تحميله مع وجوب الكفارة عليه وقيام عذره تخفيفاً عنه ورفقاً به ، والعام لا عذر له فلا يستحق التخفيف ولا يوجد فيه المعنى المقتضى للمواساة في الخطأ . إذا ثبت هذا فإنها تجب حالة ، وبهذا قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة : تجب في ثلاث سنين ، لأنها دية آدمي ، فكانت مؤجلة كدية شبه العمد .

ولنا أن ما وجب بالعمد المحض كان حالاً كالقصاص وأرش أطراف العبد ولا يشبه شبه العمد لأن القاتل معذور لكونه لم يقصد القتل ، وإنما أفضى إليه من غير اختيار منه ، فأشبه الخطأ ، ولهذا تحمله العاقلة ، ولأن القصد التخفيف على العاقلة الذين لم تصدر منهم جناية ، وحملوا أداء مال مواساة فالأرفق بحالهم التخفيف عنهم ، وهذا موجود في الخطأ وشبه العمد على السواء . وأما العمد فأنما يحمله الجاني في غير حال العذر فوجب أن يكون ملحقاً بدل سائر المتلفات ، ويتصور الخلاف معه فيما إذا قتل ابنه أو قتل أجنبياً وتعذر استيفاء القصاص لعفو بعضهم أو غير ذلك .

واختلفت الرواية في مقدارها : فروى جماعة عن أحمد أنها أرباع كما ذكر الحرق ، وهو قول الزهري وربيعه ومالك وسليمان بن يسار وأبي حنيفة ، وروى ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه .

وروى جماعة عن أحمد أنها ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه في بطونها أولادها وبهذا قال عطاء ومحمد بن الحسن والشافعي وروى ذلك عن عمر وزيد وأبي موسى والمغيرة لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من قتل متعمداً دفع إلى أولياء المقتول فإن شاءوا قتلوه وإن شاءوا أخذوا الدية وهي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه وما صولحوا عليه فهو لهم ، وذلك لتشديد القتل ، رواه الترمذي وقال هو حديث حسن غريب ، وعن عبد الله بن عمرو أن رسول الله (ص) قال : ألا إن في قتل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون خلفه في

بطونها أولادها ، رواه الامام احمد وابو داود وغيرهم .

وعن عمرو بن شعيب أن رجلا يقال له قتادة حذف ابنه بالسيف فقتله فأخذ عمر منه الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفه ، رواه مالك في موطنه ووجه الاول ما روى الزهري عن السائب بن يزيد قال كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أرباعا : خمسا وعشرين جذعة وخمسا وعشرين حقة وخمسا وعشرين بنت لبون وخمسا وعشرين بنت مخاض ولأنه قول ابن مسعود ولأنه حق يتعلق بجنس الحيوان فلا يعتبر فيه الحمل كالزكاة والأضحية (فصل) والخلفة الحامل وقول النبي صلى الله عليه وسلم في بطونها أولادها ، تأكيد وقلنا نحمل الا ثنية وهي التي لها خمس سنين ودخلت في السادسة وأي ناقة حملت فهي خلفه تجزى في الدية .

وقد قيل لا تجزى الا ثنية لان في بعض الفاظ الحديث أربعون خلفه ما بين ثنية عامها الى بازل ولأن سائر أنواع الابل مقدرة السن فكذلك الخلفة والذي ذكره القاضي هو الاولى لان النبي صلى الله عليه وسلم أطلق الخلفة ، والخلفة هي الحامل فيقتضى أن تجزى كل حامل ولو أحضرها خلفه فأسقطت قبل قبضها فعليه بدلها فان أسقطت بعد قبضها أجزاء لانه يرى منها بدفعها .

(فصل) فان اختلفا في حملها رجع الى أهل الخبرة كما يرجع في حمل المرأة الى القوابل وان تسلبها الولي ثم قال لم تكن حوامل وقد ضمرت أجوافها ، وقال الجاني بل قد ولدت عندك نظرت فان قبضها بقول أهل الخبرة فالقول قول الجاني لان للظاهر أصابته وان قبضها بغير قولهم فالقول قول الولي لان الاصل عدم الحمل

مسألة ، قال (وان كان القتل شبه عمدا فكما وصفت في أسنانها الا أنها على العاقلة في ثلاث سنين في كل سنة ثلثها)

وجملته أن القول في أسنان دية شبه العمد كالقول في دية العمد سواء في اختلاف الروايتين فيها واختلاف العلماء فيها ، وقد سبق الكلام في ذلك الا أنها تخالف العمد في أمرين .

أحدهما : أنها على العاقلة في ظاهر المذهب ، وبه قال الشعبي النخعي والحكم

والشافعي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر، وقال ابن سيرين
والزهري والحارث العكلي وابن شبرمة وقتادة وأبو ثور : هي على القاتل في ماله
واختاره أبو بكر عبد العزيز لأنها موجب فعل قصده فلم تحمله العاقلة كالعمد المحض
ولأنها دية مغالطة فأشبهت دية العمد، وهكذا يجب أن يكون مذهب مالك : لأن
شبه العمد عنده من باب العمد .

ولنا ما روى أبو هريرة قال : اقتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما
الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية
المرأة على عاقلتها متفق عليه ، ولأنه نوع قتل لا يوجب قصاصا فوجب دية على
العاقله كالحطأ ، ويخالف العمد المحض لأنه يغلف من كل وجه لقصده الفعل
وإرادته القتل وعمد الحطأ يغلف من وجه وهو قصده الفعل : ويخفف من وجه
وهو كونه لم يرد القتل فاقتضى تغليظها من وجه وهو الاسنان وتخفيفها من وجه
وهو حمل العاقلة لها وتأجيلها ، ولا أعلم في أنها تجب مؤجلة خلافا بين أهل العلم .
وروى ذلك عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم ، وبه قال الشعبي والنخعي
وقتادة وأبو هاشم وعبد الله بن عمر ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن
المنذر : وقد حكى عن قوم من الخوارج أنهم قالوا : الدية حالة لأنها بدل متلف ،
ولم ينقل البنا ذلك عن يعد خلافا خلافا .

وتخالف — الدية سائر المتلفات لأنها تجب على غير الجاني على سبيل المواساة
له فاقتضت الحكمة تخفيفها عليهم .

وقد روى عن عمر وعلي أنهما قضيا بالدية على العاقلة في ثلاث سنين ، ولا
مخالفة — لهما في عصرهما فكان إجماعا .

فصل في

ويجب في آخر كل حول ثلثا ويعتبر ابتداء السنة من حين وجوب الدية ،
وهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : ابتداؤها من حين حكم الحاكم لأنها مدة
مختلف فيها فكان ابتداؤها من حين حكم الحاكم كمدة العنة .

ولنا أنه مال مؤجل فكان ابتداء أجله من حين وجوبه كالدين المؤجل والسلام
ولا نسلم الخلاف فيها فإن الخوارج لا يعتمد بخلافهم ، إذا ثبت هذا فإن كان

الواجب دية نفس فابتداء حولها من حين الموت ، سواء كان قتلًا موجبا أو عن سراية جرح ، وإن كان الواجب دية جرح نظرت فإن كان عن جرح اندمل من غير سراية مثل أن قطع يده فبرأت بعد مدة فابتداء المدة من حين القطع لأن تلك حالة الوجوب ، ولهذا لو قطع يده وهو ذمي فأسلم ثم اندملت وجب نصف دية يهودي ، وأما إن كان الجرح ساريا ، مثل أن قطع أصبعه فسرى ذلك إلى كفه ثم اندمل فابتداء المدة من حين الاندمال لأنها إذا سرت فما استقر الارش إلا عند الاندمال ، هكذا ذكر القاضى وأصحاب الشافعى ، وقال أبو الخطاب : تعتبر المدة من حين الاندمال فيها لأن الارش لا يستقر إلا بالاندمال فيهما

(فصل) وإذا كان الواجب دية فإنها تقسم في ثلاث سنين في كل سنة ثلثها سواء كانت دية النفس أو دية الطرف ، كدية جدد الانف أو الاذنين ، أو قطع الذكر أو الاثنين ، وإن كان دون الدية نظرنا فإن كان ثلث الدية ، كدية المأمومة أو الجائفة وجب في آخر السنة الاولى ولم يجب منه شيء حالا ، وإن كان نصف الدية أو ثلثها ، كدية اليد أو دية المخرين وجب الثلث في آخر السنة الاولى والباقي في آخر السنة الثانية .

وإن كان أكثر من الثلاثين كدية ثمان أصابع وجب الثلثان في السنتين والباقي في آخر الثالثة ، وإن كان أكثر من دية مثل أن ذهب سمع إنسان في كل سنة ثلث لأن الواجب لو كان دون الدية لم ينقص في السنة عن الثلث فكذلك لا يزيد عليه إذا زاد على الثلث ، وإن كان الواجب بالجناية على اثنين وجب لكل واحد ثلث في كل سنة ، لأن كل واحد له دية فيستحق ثلثها ، كما لو انفرد حقه وإن كان الواجب دون ثلث الدية كدية الاصبع لم تحمله العاقلة لأنها لا تحمل ما دون الثلث ويجب حالا لانه بدل متلف لا تحمله فكان حالا كالجناية على المال .

(فصل) وفي الدية الناقصة كدية المرأة والكتابي وجهان . أحدهما تقسم في ثلاث سنين لأنها بدل النفس فأشبهت الدية الكاملة ، والثاني يجب منها في العام الاول قدر ثلث الدية الكاملة وباقيها في العام الثاني ، لأن هذه تنقص عن الدية فلم تقسم في ثلاث سنين كأرش الطرف ، وهذا مذهب أبي حنيفة ، وللشافعى كالوجهين : وإن كانت الدية لا تبلغ ثلث الدية الكاملة كدية المجوسى وهو ثمانمائة

درهم ، ودية الجنين وهي خمس من الإبل لم تحمله العاقلة لأنها لا تحمل ما دون الثلث فأشبه دية السن والموضحة ، إلا أن يقتل الجنين مع أمه فتحمله العاقلة لأنها جناية واحدة ، وتكون دية الأم على الوجهين فإن قلنا هي في عامين كانت دية الجنين واجبة مع ثلث دية الأم في العام الأول لأنها دية أخرى ، ويحتمل أن تجب مع باقي دية الأم في العام الثاني ، وإن قلنا دية الأم في ثلاث سنين فهل تجب دية الجنين في ثلاثه أعوام أو لا ؟ على وجهين ، فإذا قلنا بوجوبها في ثلاث سنين وجبت في السنين التي وجبت فيها دية الأم لأنها ديتان لمستحقين فيجب في كل سنة ثلث ديتهما وثلث ديته ، ويحتمل أن تجب في ثلاث سنين أخرى لأن تلفها موجب بجناية واحدة .

مسألة ، قال (وإن كان القتل خطأ كان على العاقلة مائة من الإبل تؤخذ في ثلاث سنين أخماسا : عشرون بنت مخاض وعشرون بنو مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعه)

لا يختلف المذهب في أن دية الخطأ أخماسا كما ذكر الخرقى ، وهذا قول ابن مسعود والنخعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ، وقال عمر بن عبدالعزيز وسليمان ابن يسار والزهرى والليث وربيعة ومالك والشافعي : هي أخماس إلا أنهم جعلوا مكان بنى مخاض بنى لبون ، وهكذا رواه سعيد في سننه عن النخعي عن ابن مسعود وقال الخطابي : روى أن النبي (ص) ودى الذى قتل بخير بمائة من إبل الصدقة وليس في أسنان الصدقة ابن مخاض .

وروى عن علي والحسن والشعبي والحارث العكلي وإسحاق أنها أرباع كديه العمد سواء ، وعن زيد أنها ثلاثون حقة وثلاثون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون بنت مخاض .

وقال طاوس ثلاثون حقة وثلاثون بنت لبون وثلاثون بنت مخاض وعشرون بنى لبون ذكر لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن رسول الله (ص) قضى أن من قتل خطأ فديته من الإبل ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشر بنى لبون ذكر ، رواه أبو داود وابن ماجه

وقال أبو ثور : الديات كلها أخماس كدية الخطأ لأنها بدل متلف فلا تختلف بالعمد والخطأ كسائر المتلفات ، وحكى عنه أن دية العمد مغلظة ودية شبه العمد والخطأ أخماس ، لأن شبه العمد يجعله العاقلة فكان أخماساً كدية الخطأ

ولنا ما روى عبد الله بن مسعود قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لون وعشرون بنت مخاض ، رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه ، ولأن ابن لبون يجب على طريق البدل عن ابنة مخاض في الزكاة إذا لم يجدها فلا يجمع بين البدل والمبدل في واجب ، ولأن موجبها واحد فيصير كأنه أوجب أربعين ابنة مخاض ولأن ما قلناه الأقل فالزيادة عليه لا تثبت إلا بتوقيف يجب على من ادعاه الدليل فأما دية قتيل خير فلا حجة لهم فيه لأنهم لم يدعوا على أهل خير قتله إلا عمداً فتكون دية العمد وهي من أسنان الصدقة ، والخلاف في دية الخطأ ، وقول أبي ثور يخالف الآثار المروية التي ذكرناها فلا يعول عليه

(فصل)

ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أن دية الخطأ على العاقلة ، قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، وقد ثبتت الأخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قضى بدية الخطأ على العاقلة ، وأجمع أهل العلم على القول به ، وقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم دية عمد الخطأ على العاقلة بما قد روينا من الأحاديث ، وفيه تنبيه على أن العاقلة تحمل دية الخطأ

والمنع في ذلك أن جنابات الخطأ تكثر ودية الأدمى كثيرة فأجابه على الجاني في ماله بجحف به فاقضت المحكمة إيجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل والاعانة له تخفيفاً عنه إذا كان معذوراً في فعله وينفرد هو بالكفارة

(فصل) ولا خلاف بينهم في أنها مؤجلة في ثلاث سنين ، فإن عمر وعلياً رضي الله عنهما جعلتا دية الخطأ على العاقلة في ثلاث سنين ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفاً فاتبعهم على ذلك أهل العلم ، ولأنه مال يجب على سبيل المواساة فلم يجب حالاً كالزكاة ، وكل دية تحملها العاقلة تجب مؤجلة لما ذكرنا ، ومالا تحمله العاقلة يجب حالاً لأنه بدل متلف — فلزمت المتلف — حالاً كقيم المتلفات وفارق الذي تحمله

العاقلة فإنه يجب مواساة فالزم التأجيل تخفيفاً على متحملة وعدله عن الأصل في التأجيل كما عدل به عن الأصل في إلزامه غير الجاني

(فصل) ولا يلزم القاتل شيء من الدية ، وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة هو كواحد من العاقلة لأنها وجبت عليهم إعانة له فلا يزيدون عليه فيها ولنا : ما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بدية المرأة على عاقلتها متفق عليه ، وهذا يقتضي أنه قضى بجميعها عليهم ولأنه قاتل لم تلزمه الدية فلم يلزمه بعضها . كما لو أمره الإمام بقتل رجل فقتله يعتقد أنه بحق فبان مظلوماً : ولأن الكفارة تلزم القاتل في ماله : وذلك يعدل قسطه من الدية وأكثر منه فلا حاجة إلى إيجاب شيء من الدية عليه

فصل

والكفارة في مال القاتل لا بدخلها تحمل ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين تكون في بيت المال لأنها تكثر فأيجابها في ماله يجحف به ولنا أنها كفارة فلا تجب على غير من وجد منه سببها كسائر الكفارات وكما لو كانت صوماً ، ولأن الكفارة شرعت للتكفير عن الجاني ولا يكفر عنه بفعل غيره ، ويفارق الدية فإنها إنما شرعت لجبر المحل وذلك يحصل بها كيفما كان ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لما قضى بالدية على العاقلة لم يكفر عن القاتل وما ذكره لا أصل له ، ولا يصح قياسه على الدية لوجوه .

أحدها : أن الدية لم تجب في بيت المال لأنها إنما وجبت على العاقلة ولا يجوز أن يثبت حكم الفرع مخالفاً لحكم الأصل

الثاني : أن الدية كثيرة فأيجابها على القاتل يجحف به والكفارة بخلافها الثالث : أن الدية وجبت مواساة للقاتل وجعل حظ القاتل من الواجب الكفارة فأيجابها على غيره يقطع المواساة ويوجب على غير الجاني أكثر مما وجب عليه وهذا لا يجوز

(فصل) وذكر أصحابنا أن الدية تغلظ بثلاثة أشياء إذا قتل في الحرم والشهور الحرم وإذا قتل محرماً وقد نص أحمد رحمه الله على التغليظ على من قتل محرماً في الحرم وفي الشهر الحرام ، فأما أن قتل ذا رحم محرم فقال أبو بكر : تغلظ ديته .

وقال القاضي : ظاهر كلام أحمد أنها لا تغلظ ، وقال أصحاب الشافعي : تغلظ بالحرم والأشهر الحرم وذى الرحم المحرم ، وفي التغليظ بالإحرام وجهان ، وعن روى عنه التغليظ عثمان وابن عباس والسعيدان وعطاء وطاوس والشعبي ومجاهد وسليمان بن يسار وجابر بن زيد وقتادة والأوزاعي ومالك والشافعي وإسحاق ، واختلاف القائلون بالتغليظ في صفته ، فقال أصحابنا : تغلظ لكل واحد من الحرمات ثلث الدية فإذا اجتمعت الحرمات الثلاث وجبت ديتان .

قال أحمد في رواية ابن منصور فيمن قتل محرماً في الحرم وفي الشهر الحرام فعليه أربعة وعشرون ألفاً وهذا قول التابعين القائلين بالتغليظ .

وقال أصحاب الشافعي : صفة التغليظ : إيجاب دية العمد في الخطأ لا غير ولا يتصور التغليظ في غير الخطأ ولا يجمع بين تغليظين ، وهذا قول مالك إلا أنه يغلظ في العمد فإذا قتل ذا رحم محرم عمداً فعليه ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه ، وتغليظها في الذهب والورق أن ينظر قيمة أسنان الإبل غير مغلظة وقيمتها مغلظة ثم يحكم بزيادة ما بينهما كأن قيمتها مخففة ستمائة ، وفي العمد ثمانمائة وذلك ثلث الدية المخففة وعند مالك تغلظ على الأب والأم والجد دون غيرهم ، واحتجوا على صفة التغليظ بما روى عن عمر رضي الله عنه أنه أخذ من قتادة المداجي دية ابنه حين حذفه بالسيف ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفه ولم يزد عليه في العدد شيئاً وهذه قصة اشتهرت فلم تنسك فكانت إجماعاً ولأن ما أوجب التغليظ أوجب في الأسنان دون القدر كالضمان ولا يجمع بين تغليظين لأن (١) ما أوجب التغليظ بالضمان إذا اجتمع سببان تداخلا كالحرم والأحرام في قتل الصيد وعلى أنه لا يغلظ بالأحرام أن الشرع لم يرد بتغليظه .

واحتج أصحابنا بما روى ابن أبي نجيح أن امرأة وطئت في الطواف فقضى عثمان رضي الله عنه فيها ستة آلاف وألفين تغليظاً للحرم ، وعن ابن عمر أنه قال من قتل في الحرم أو ذا رحم أو في الشهر الحرام فعليه دية وثلث .

وعن ابن عباس أن رجلاً قتل رجلاً في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال

(١) في نسخة إلا ما أوجب .

ديته اثنا عشر ألفا والشهر الحرام أربعة آلاف والبلد الحرام أربعة آلاف وهذا مما يظهر وينتشر ولم ينكر فيثبت إجماعا . وهذا فيه الجمع بين تغليظات ثلاث ولأنه قول التابعين القائلين بالتغليظ ، واحتجوا على التغليظ في العمدة أنه إذا غلط الخطأ مع العذر فيه ففي العمدة مع عدم العذر أولى وكل من غلط الدية أوجب التغليظ في بدل الطرف بهذه الأسباب لأن ما أوجب تغليظ دية النفس أوجب تغليظ دية الطرف كالعمدة ، وظاهر كلام الحرقى أن الدية لا تغلط بشيء من ذلك ، وهو قول الحسن والشعبي والنخعي وأبي حنيفة والجوزجاني وابن المنذر ، وروى ذلك عن الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : في النفس المؤمنة مائة من الأبال لم يزد على ذلك وعلى أهل الذهب ألف مثقال .

وفي حديث أبي شريح أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « وأنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتييل من هذيل وأنا والله عاقله ، من قتل له قتييل بعد ذلك فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية ، وهذا القتل كان بمكة في حرم الله تعالى فلم يزد النبي صلى الله عليه وسلم على الدية ولم يفرق بين الحرم وغيره ، وقول الله عز وجل (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله) يقتضي أن الدية واحدة في كل مكان وفي كل حال ولأن عمر رضى الله عنه أخذ من قتادة المدالجى دية ابنه ولم يزد على مائة .

وروى الجوزجاني بإسناده عن أبي الزناد أن عمر بن عبد العزيز كان يجمع الفقهاء فكان مما أحس من تلك السنن بقول فقهاء المدينة السبعة ونظرائهم أن ناسا كانوا يقولون إن الدية تغلظ في الشهر الحرام أربعة آلاف فتكون ستة عشر ألف درهم فالغى عمر رحمه الله ذلك بقول الفقهاء وأثبتها اثني عشر ألف درهم في الشهر الحرام والبلد الحرام وغيرهما

قال ابن المنذر : وليس بثابت ما روى عن الصحابة في هذا ولو صح فقول عمر يخالفه وقوله أولى من قول من خالفه وهو أصح في الرواية مع موافقته الكتاب والسنة والقياس .

(فصل) ولا تغلظ الدية بموضع غير الحرم ، وقال أصحاب الشافعى : تغلظ الدية بالقتل في المدينة على قوله القديم لأنها مكان يحرم صيده فأشبهت الحرم

وليس بصحيح لأنها ليست محلا للناسك فأشبهت سائر البلدان ولا يصح قياسها على الحرم لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أى بلد هذا ؟ أليست البلدة الحرام ؟ قال : فإن دماءكم وأموالكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا ، وهذا يدل على أنه أعظم البلاد حرمة .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم : إن أعتى الناس على الله رجل قتل في الحرم ورجل قتل غير قاتله ورجل قتل بدخل الجاهلية ، وتحريم الصيد ليس هو العلة في التغليظ ، وإن كان من جملة المؤثر فقد خالف تحريمه تحريم الحرم فإنه لا يجب الجزاء على من قتل فيه صيداً ولا يحرم الرعى فيه ولا الاحتشاش منه ولا ما يحتاج إليه من الرحل والعارضة والقائمة وشبهه .

مسألة ، قال (والعاقلة لا تحمل العبد ولا العمد ولا الصلح ولا الاعتراف ولا ما دون الثلث)

في هذه المسألة خمس مسائل . الأولى : أن العاقلة لا تحمل العبد يعنى إذا قتل العبد قاتل وجبت قيمته في مال القاتل ولا شيء على عاقلته خطأ كان أو عمداً ، وهذا قول ابن عباس والشعبي والثوري ومكحول والنخعي والبتي ومالك والليث وابن أبي ليلى وإسحاق وأبي ثور .

وقال عطاء والزهرى والحكم وحامد وأبو حنيفة تحمله العاقلة لأنه آدمى يجب بقتله القصاص والكفارة فحملت العاقلة بدله كالحر ، وعن الشافعى كالمذنبين ووافقنا أبو حنيفة في دية أطرافه .

ولنا ما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا تحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً .

وروى عن ابن عباس موقوفاً عليه ولم نعرف له في الصحابة مخالفاً فيكون إجماعاً ، ولأن الواجب فيه قيمة تختلف باختلاف صفاته فلم تحمله العاقلة كسائر القيم ولأنه حيوان لا تحمل العاقلة قيمة أطرافه فلم تحمل الواجب في نفسه كالفرس وبهذا فارق الحر .

المسألة الثانية : أنها لا تحمل العمد سواء كان مما يجب القصاص فيه أو لا يجب

ولا خلاف في أنها لا تحمل دية ما يجب فيه القصاص وأكثر أهل العلم على أنها لا تحمل العمد بكل حال .

وحكى عن مالك أنها تحمل الجنايات التي لا قصاص فيها كالأمومة والجائفة وهذا قول قتادة لأنها جناية لا قصاص فيها أشبهت جناية الخطأ .

ولنا حديث ابن عباس ولأنها جناية عمد فلا تحملها العاقلة كالموجب للقصاص وجناية الأب على ابنه ، ولأن حمل العاقلة إنما يثبت في الخطأ لكون الجاني معذوراً تخفيفاً عنه ومواساة له والعامد غير معذور فلا يستحق التخفيف ولا المعاونة فلم يوجد فيه المقتضى ، وبهذا فارق العمد الخطأ ثم يبطل ما ذكره بقتل الأب ابنه فإنه لا قصاص فيه ولا تحمله العاقلة .

فصل

وان اقتصر بحديدة مسمومة فسرى إلى النفس ففيه وجهان أحدهما تحمله العاقلة لأنه ليس بعمد محض أشبه عمد الخطأ ، والثاني لا تحمله لأنه قتله بآلة يقتل مثلها غالباً فأشبهه من لا قصاص له ، ولو وكل في استيفاء القصاص ثم عفا عنه فقتله الوكيل من غير علم بعفوه فقال القاضي : لا تحمله العاقلة لأنه عمد قتله .

وقال أبو الخطاب : تحمله العاقلة لأنه لم يقصد الجناية ومثل هذا يعد خطأ بدليل ما لو قتل في دار الحرب مسلماً ينظنه حريياً فإنه عمد قتله وهو أحد نوعي الخطأ وهذا أصح ولأصحاب الشافعي وجهان كمذين .

(فصل) وعمد الصبي والمجنون خطأ تحمله العاقلة ، وقال الشافعي في أحد قوله لا تحمله لأنه عمد يجوز لأديهما عليه فأشبه القتل من البالغ . ولنا أنه لا يتحقق منهما كمال القصد فتحمله العاقلة كشبه العمد ولأنه قتل لا يوجب القصاص لاجل العذر فأشبه الخطأ وشبه العمد وبهذا فارق ما ذكره ويبطل ما ذكره بشبه العمد .

المسألة الثالثة : أنها لا تحمل الصلح ومعناه أن يدعى عليه القتل فينكره ويصلح المدعى على مال فلا تحمله العاقلة لأنه مال ثبت بمصالحته واختياره فلم تحمله العاقلة كالذي ثبت باعترافه .

وقال القاضي : معناه أن يصلح الأولياء عن دم العمد إلى الدية ، والتفسير الأول أولى لأن هذا عمد فيستغنى عنه بذكر العمد ، ومن قال لا تحمل العاقلة الصلح ابن عباس والزهرى والشعبي والثورى والليث والشافعى ، وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه ولأنه لو حملته العاقلة أدى إلى أن يصلح بال غيره ويوجب عليه حقا بقوله .

المسألة الرابعة : أنها لا تحمل الاعتراف وهو أن يقر الإنسان على نفسه بقتل خطأ أو شبه عمد فتجب الدية عليه ولا تحمله العاقلة ولا نعلم فيه خلافاً ، وبه قال ابن عباس والشعبي والحسن وعمر بن عبد العزيز والزهرى وسليمان بن موسى والثورى ومالك والأوزاعي والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى ، وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه ولأنه لو وجب عليهم لوجب بإقرار غيرهم ولا يقبل إقرار شخص على غيره ولأنه يتهم في أن يواطىء من يقر له بذلك ليأخذ الدية من عاقلته فيقاسمه إياها :

إذا ثبت هذا : فإنه يلزمه ما اعترف به وتجب الدية عليه حالة في ماله في قول أكثرهم . وقال أبو ثور وابن عبد الحكم لا يلزمه شيء ولا يصح إقراره لأنه مقرر على غيره لا على نفسه ولأنه لم يثبت موجب إقراره فكان باطلا كما لو أقر على غيره بالقتل .

ولنا قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله) ولأنه مقرر على نفسه بالجناية الموجهة للمال فصح إقراره كما لو أقر بإتلاف مال أو بما لا تحمل دية العاقلة ولأنه محل مضمون فيضمن إذا اعترف به كسائر المجال وإنما سقطت عنه الدية في محل الوفاق لتحمل العاقلة لها فإذا لم تحملها وجبت عليه كجناية المرتد

المسألة الخامسة : أنها لا تحمل مادون الثلث وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء ومالك وإسحاق وعبد العزيز وعمر بن أبي سلمة ، وبه قال الزهرى وقال لا تحمل الثلث أيضاً ، وقال الثورى وأبو حنيفة تحمل السن والموضحة وما فوقها لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الغرة التي في الجنين على العاقلة وقيمتها نصف عشر الدية

ولا تحمل ما دون ذلك لانه ليس فيه أرش مقدر ، والصحيح عن الشافعي أنها تحمل الكثير والقليل لان من حمل الكثير حمل القليل كالجاني في العمد ولنا ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الدية أن لا يحمل منها شيء حتى تبلغ عقل المأمومة ولان مقتضى الاصل وجوب الضمان على الجاني لانه موجب جنايته وبدل متلفه فكان عليه كسائر المتلفات والجنايات وإنما خولف في الثلث فصاعداً تخفيفاً عن الجاني لكونه كثيراً يجحف به قال النبي صلى الله عليه وسلم الثلث كثير ، ففيها دونه يبقى على قضية الاصل ومقتضى الدليل وهذا حجة على الزهري ، لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الثلث كثيراً ، فأما دية الجنين فلا تحملها العاقلة الا اذا مات مع أمه من الضربة لكون ديتها جميعاً موجب جناية تزيد على الثلث ، وان سلمنا وجوبها على العاقلة فلأنها دية آدمي كاملة (فصل) وتحمل العاقلة دية الطرف اذا بلغ الثلث ، وهو قول من سمينا في المسألة التي قبل هذا

وحكى عن الشافعي أنه قال في القديم لا تحمل ما دون الدية لان ذلك يجري مجرى ضمان الاموال بدليل أنه لا تجب فيه كفارة . ولنا قول عمر رضي الله عنه . ولان الواجب دية جنسية على حر تزيد على الثلث لحملتها العاقلة كدية النفس ، لانه كثير يجب ضماناً لحر أشبه ما ذكرنا ، وما ذكره يبطل بما إذا جنى على الاطراف بما يوجب الدية أو زيادة عليها .

(فصل)

وتحمل العاقلة دية المرأة بغير خلاف بينهم وتحمل من جراحها ما بلغ أرشه ثلث دية الرجل كدية أنفها وما دون ذلك كدية يدها لا تحملها العاقلة ، وكذلك الحكم في دية الكتاني ولا تحمل دية المجوسى لانها دون الثلث ولا دية الجنين ان مات منفرداً أو مات قبل موت أمه ، نص عليه أحمد لانه دون الثلث ، وان مات مع أمه حملتها العاقلة ، نص عليه لان وجوب ديتها حصل في حال واحدة بجناية واحدة مع زيادتهما على الثلث لحملتها العاقلة كالدية الواحدة

(فصل) وان كان الجاني ذمياً فعقله على عصيته من أهل دينه المعاهدين في

إحدى الروايتين وهو قول الشافعي ، وفي الأخرى لا يتعاقلون لأن المعاقله تثبت في حق المسلم على خلاف الأصل تخفيفا عنه ومعوته له فلا يلحق به الكافر ، لأن المسلم أعظم حرمة وأحق بالمواساة والمعوته من الذمي ، ولهذا وجبت الزكاة على المسلمين مواساة لفقرائهم ولم تجب على أهل الذمة لفقرائهم فتبقى في حق الذمي على الأصل ، ووجه الرواية الأولى أنهم عصبة يرثونه فيعقلون عنه كعصبة المسلم من المسلمين ولا يعقل عنه عصبته المسلمون لأنهم لا يرثونه ولا الحريون لأن الموالاته والنصرة منقطعة بينهم ، ويحتمل أن يعقلوا عنه إذا قلنا أنهم يرثونه لأنهم أهل دين واحد يرث بعضهم بعضا ، ولا يعقل يهودى عن نصراني ولا نصراني عن يهودى ، لأنهم لا موالاته بينهم ، وهم أهل ملتين مختلفتين ، ويحتمل أن يتعاقلا بناء على الروايتين في توارثهما .

(فصل) وإن تنصر يهودى أو تهود نصراني وقلنا إنه يقر عليه عقل عنه عصبته من أهل الدين الذى انتقل اليه ، وهل يعقل عنه الذين انتقل عن دينهم ؟ على وجهين ، وإن قلنا لا يقر لم يعقل عنه أحد لأنه كالمرتد والمرتد لا يعقل عنه أحد لأنه ليس بمسلم فيعقل عنه المسلمون ، ولا ذمي فيعقل عنه أهل الذمة وتكون جنايته في ماله ، وكذلك كل من لا تحمل عاقلته جنايته يكون موجبا في ماله كسائر الجنات التى لا تحملها العاقله .

(فصل)

ولو رمى ذمى صيدا ثم أسلم ثم أصاب السهم آدميا فقتله لم يعقله المسلمون لأنه لم يكن مسلما حال رميه ، ولا المعاهدون لأنه قتله وهو مسلم فيكون في مال الجاني وهكذا لو رمى وهو مسلم ثم ارتد ثم قتل السهم إنسانا لم يعقله أحد ، ولو جرح ذمى ذميا ثم أسلم الجراح ومات المجروح وكان أرش جراحه يزيد على الثلث فعقله على عصبته من أهل الذمة ؛ وما زاد على أرش الجرح لا يحمله أحد ويكون في مال الجاني كما ذكرنا ، وإن لم يكن أرش الجرح مما تحمله العاقله لجميع الدية على الجاني ، وكذلك الحكم إذا جرح مسلما ثم ارتد . ويحتمل أن تحمل الدية كلها العاقله في المسألتين ، لأن الجناية وجدت وهو من تحمل العاقله

جنايته ولهذا وجب القصاص في المسألة الاولى اذا كان عمداً ويحتمل أن لا تحمل
العاقلة شيئاً لان الارش انما يستقر باندمال الجرح أو سرايته

(فصل) اذا تزوج عبد معتقة فأولدها أولاداً فولأؤهم لمولى أمهم وان جنى
أحدهم فالعقل على مولى أمه لانه عصيته ووارثه فإن أعتق أبوه ثم سرت الجناية
أو رمى بسهم فلم يقع السهم حتى أعتق أبوه لم يحمل عقله أحد لان موالى الام قد
زال ولأؤهم عنه قبل قتله وموالى الاب لم يكن لهم عليه ولاء حال جنايته فتكون
الدية عليه في ماله الا أن يكون أرش الجرح مما تحمله العاقلة منفرداً فيخرج فيه
مثل ما قلنا في المسألة التي قبلها

(فصل) وان جنى الرجل على نفسه خطأ أو على أطرافه ففيه روايتان . قال
القاضي : أظهرهما أن على عاقلته دية لورثته ان قتل نفسه أو أرش جرحه لنفسه
اذا كان أكثر من الثلث ، وهذا قول الاوزاعي واسحاق لما روى أن رجلاً ساق
حماراً فضربه بعصا كانت معه فطارت منها شظية ففقت عينه فجعل عمر دية على
عاقلته وقال هي يد من أيدي المسلمين لم يصيبها اعتداء على أحد ولم نعرف له مخالفاً
في عصره ولانها جناية خطأ فكان عقلاً على عاقلته كما لو قتل غيره فعلى هذه الرواية
ان كانت العاقلة الورثة لم يجب شيء لانه لا يجب للانسان شيء على نفسه وان
كان بعضهم وارثاً سقط عنه ما يقابل نصيبه وعليه ما زاد على نصيبه وله ما بقي
ان كان نصيبه من الدية أكثر من الواجب عليه

والرواية الثانية . جنايته هدر وهذا قول اكثر اهل العلم منهم ربيعة ومالك
والثوري والشافعي واصحاب الرأي وهي اصح لان عامر بن الاكوع بارز مرحباً
يوم خيبر فرجع سيفه على نفسه فمات ، ولم يبلغنا ان النبي (ص) قضى فيه بدية
ولا غيرها ، ولو وجبت لبينه النبي صلى الله عليه وسلم . ولانه جنى على نفسه
فلم يضمنه غيره كالعمد ، ولان وجوب الدية على العاقلة انما كان مواساة للجاني
وتخفيفاً عنه وليس على الجاني ههنا شيء يحتاج الى الاعانة والمواساة فيه فلا وجه
لايجابه . ويفارق هذا ما اذا كانت الجناية على غيره فإنه لو لم تحمله العاقلة
لاجهف به وجوب الدية لكثرتها . فأما ان كانت الجناية على نفسه شبه عمد فهل

تجرى مجرى الخطأ ؟ على وجهين . أحدهما هي كالخطأ لأنها تساويه فيما إذا كانت على غيره ، والثاني لا تحمله العاقلة لأنه لا عذر له فاشبه العمد المحض .

(فصل) وأما خطأ الإمام والحاكم في غير الحكم والاجتهاد فهو على عاقلته بغير خلاف إذا كان مما تحمله العاقلة : وما حصل باجتهاده فقيه روايتان : أحدهما على عاقلته أيضا لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه بعث الى امرأة ذكرت بسوء فأجهضت جنينها فقال عمر لعل : عزمت عليك لا تبرح حتى تقسمي على قومك ، ولأنه جان فكان خطاه على عاقلته كغيره .

والثانية : هو في بيت المال ، وهو مذهب الاوزاعي والثوري وأبي حنيفة واسحاق ، لأن الخطأ يكثر في أحكامه واجتهاده ، فأيجاب نقله على عاقلته يخفف بهم ولأنه نائب عن الله تعالى في أحكامه وأفعاله فكان أرش جنابته في مال الله سبحانه ، وللشافعي قولان كالروايتين .

« مسأله » قال (وإذا جن العبد فعلى سيده أن يقديه أو يسلمه فإن كانت الجناية أكثر من قيمته لم يكن على سيده أكثر من قيمته)

هذا في الجناية التي تؤدي بالمال ، أما لكونها لا توجب إلا المال ، وأما لكونها موجهة للقصاص فعفا عنها الى المال ، فإن جناية العبد تتعلق برقبته إذ لا يخلو من أن تتعلق برقبته أو ذمته أو ذمة سيده ، أو لا يجب شيء ولا يمكن الغاؤها لأنها جناية آدمي فيجب اعتبارها كجناية الحر ، ولأن جناية الصغير والمجنون غير ملغاة مع عذره وعدم تكليفه للجناية العبد أولى ، ولا يمكن تعلقها بذمته لأنه يفضي الى الغائها أو تأخير حق المجنى عليه الى غير غاية ولا بذمة السيد لأنه لم يجن فتعين تعلقها برقبة العبد ، ولأن الضمان موجب جنابته فتعلق برقبته كالقصاص ثم لا يخلو أرش الجناية من أن يكون بقدر قيمته فما دون أو أكثر ، فإن كان بقدها فما دون فالسيد مخير بين أن يقديه بأرش جنابته أو يسلمه الى ولي الجناية فيملكه ، وبهذا قال الثوري ومحمد بن الحسن واسحاق ، وروى ذلك عن الشعبي وعطاء ومجاهد وعروة والحسن والزهرى وحامد ، لأنه ان دفع أرش الجناية فهو الذي وجب للمجنى عليه فلم يملك المطالبة بأكثر منه .

وإن سلم العبد فقد أدى المحل الذي تعلق الحق به ، ولأن حق المجنى عليه لا يتعلق بأكثر من الرقبة وقد أداها ، وإن طالب المجنى عليه بتسليمه إليه وأبى ذلك سيده لم يجبر عليه لما ذكرنا ، وإن دفع السيد عبده فأبى الجاني قبوله وقال بعه وادفع إلى ثمنه فهل يلزم السيد ذلك ؟ على روايتين ،

وأما إن كانت الجناية أكثر من قيمته ففيه روايتان . إحداهما : أن سيده بخير بين أن يفديه بقيمته أو أرش جنايته وبين أن يسلمه ، لأنه إذا أدى قيمته فقد أدى قدر الواجب عليه ، فإن حق المجنى عليه لا يزيد على العبد فلم يلزمه أكثر من ذلك كما لو كانت الجناية بقدر قيمته .

والرواية الثانية : يلزمه تسليمه إلا أن يفديه بأرش جنايته بالغه ما بلغت وهذا قول مالك لأنه ربما إذا عرض للبيع رغب فيه راعب بأكثر من قيمته فإذا أمسكه فقد فوت تلك الزيادة على المجنى عليه وللشافعي قولان كالروايتين .

ووجه الرواية الأولى أن الشرع قد جعل له فدياه فكان له فداؤه وكان الواجب قدر قيمته كسائر المتلفات

(فصل) فإن كانت الجناية موجهة للقصاص فعفا ولي الجناية على أن يملك العبد لم يملكه بذلك لأنه إذا لم يملكه بالجناية فلأن لا يملكه بالعفو أولى ، ولأنه أحد من عليه القصاص فلا يملكه بالعفو كالحر ولأنه إذا عفى عن القصاص انتقل حقه إلى المال فصار كالجاني جناية موجهة للمال ، وفيه رواية أخرى أنه يملكه لأنه مملوك استحق اتلافه فاستحق إبقائه على مملكته كعبده الجاني عليه .

(فصل) قال أبو طالب سمعت أبا عبد الله يقول : إذا أمر غلامه لمجنى فعله ما جنى وإن كان أكثر من ثمنه أن قطع يد حر فعله دية يد الحر ، وإن كان ثمنه أقل ، وإن أمره سيده أن يجرح رجلا فما جنى فعله قيمه جنايته ، وإن كانت أكثر من ثمنه لأنه بأمره ، وكان على وأبو هريرة يقولان : إذا أمر عبده أن يقتل فإنما هو سوطه ويقتل المولى ويحبس العبد .

وقال أحمد حدثنا بهز حدثنا حماد بن سلمة حدثنا قتادة عن خلاص أن عليا قال إذا أمر الرجل عبده فقتل إنما هو كسوطه أو كسيفه يقتل المولى والعبد يستودع السجن ولأنه فوت شيئا بأمره فكان على السيد ضمانه كما لو استدان بأمره .

فصل

فإن جن جنایات بعضها بعد بعض فالجاني بين أولياء الجنایات بالخصص ، وبهذا قال الحسن وحماد وربيعة وأصحاب الرأي والشافعي . وروى عن شريح : أنه قال يقضى به لأخرهم ، وبه قال الشعبي وقتادة لأنها جنایة وردت على محل مستحق فقدم صاحبها على المستحق قبله كالجنایة على المملوك الذي لم يجن . وقال شريح في عبد شجع رجلا ثم آخر فقال شريح يدفع إلى الأول إلا أن يفديه مولاه ثم يدفع إلى الثاني ثم يدفع إلى الثالث إلا أن يفديه الأوسط .

ولنا أنهم تساووا في سبب تعلق الحق به فتساووا في الاستحقاق كما لو جنى عليهم دفعة واحدة بل لو قدم بعضهم كان الأول أولى لأن حقه أسبق ، ولا يصح القياس على الملك فإن حق المجنى عليه أقوى بدليل أنها لو وجدا دفعة واحدة قدم حق المجنى عليه ؛ ولأن حق المجنى عليه ثبت بغير رضا صاحبه عوضا وحق المالك ثبت برضاه أو بغير عوض فاقترا .

(فصل) وإن أعتق السيد عبده الجاني عتق وضمن ما تعلق به من الارش لانه ألتف محل الجنایة على من تعلق حقه به فلزمه غرامته كما لو قتله وينبئ قدر الضمان على الروایتين فيما إذا اختار امساكه بعد الجنایة لانه امتنع من تسليمه بإعتاقه فهو بمنزلة امتناعه من تسليمه باختيار فدائه . ونقل ابن منصور عن أحمد أنه ان أعتقه عالما بجنایته فعليه الدية یعنی دية المقتول ، وإن لم يكن عالما بجنایته فعليه قيمة العبد وذلك لانه إذا أعتقه مع العلم كان مختاراً لفدائه بخلاف ما إذا لم يعلم فإنه لم يختار الفداء لعدم علمه به فلم يلزمه أكثر من قيمة ما فوته .

(فصل) فإن باعه أو وهبه صح بيعه لما ذكرنا في البيع ولم يزل تعلق الجنایة عن رقبته فإن كان المشتري عالما بحاله فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة وينتقل الخيار في فدائه وتسليمه اليه كالسيد الأول ؛ وإن لم يعلم فله الخيار بين امساكه ورده كسائر المعيبات .

مسألة ، قال (والعاقلة العمومه وأولادهم وإن سفلوا في إحدى الروایتين عن أبي عبد الله ، والرواية الاخرى الاب والابن والاخوة وكل العصابة من العاقلة)

العاقلة من يحمل العقل والعقل الذي تسمى عقلا لأنها تعقل لسان ولي المقتول وقيل إنما سميت العاقلة لأنهم يمنعون عن القاتل ، والعقل المنع ولهذا سمي بعض العلوم عقلا لأنه يمنع من الإقدام على المضار ، ولا خلاف بين أهل العلم في أن العاقلة العصبية وأن غيرهم من الأخوة من الأم ، وسائر ذوى الأرحام والزوج وكل من عدا العصبية ليسوا هم من العاقلة . واختلف في الآباء والبنين هل هم من العاقلة أو لا ، وعن أحمد في ذلك روايتان

إحداهما : كل العصبية من العاقلة يدخل فيه آباء القاتل وأبناؤه وأخوته وعمومته وأبناؤهم وهذا اختيار أبي بكر والشريف أبي جعفر ، وهو مذهب مالك وأبي حنيفة لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن عقل المرأة بين عصبيتها من كانوا لا يرثون منها شيئا إلا ما فضل عن ورثتها ، وإن قتلت فعقلها بين ورثتها ، رواه أبو داود ، ولأنهم عصبه فاشبهوا الأخوة ، بحقه أن العقل موضوع على التناصر وهم من أهله ، ولأن العصبية في تحمل العقل كهم في الميراث في تقديم الأقرب فالأقرب وآباؤه وأبناؤه أحق العصبية بميراثه فكانوا أولى بتحمل عقله

والرواية الثانية : ليس آباؤه وأبناؤه من العاقلة ، وهو قول الشافعي لما روى أبو هريرة قال اقتلت امرأتان من مذبل فرمت أحدهما الأخرى فقتلها فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم ، متفق عليه

وفي رواية : ثم ماتت العاقلة فجعل النبي صلى الله عليه وسلم ميراثها لبنيها والعقل على العصبية ، رواه أبو داود والنسائي . وفي رواية عن جابر بن عبد الله قال : لجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم دية المقتولة على عاقلتها وبرأ زوجها وولدها قال : فقالت عاقلة المقتولة ميراثها لنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ميراثها لزوجها وولدها ، رواه أبو داود .

إذا ثبت هذا : في الأولاد قسنا عليه الوالد لأنه في معناه ولأن مال ولده ووالده كماله ولهذا لم تقبل شهادتهما له ولا شهادته لهما ووجب على كل واحد منهما الاتفاق على الآخر إذا كان محتاجا والآخر موسرا وعق عليه إذا ملكه فلا تجب

في ماله دية كما لم يجب في مال القاتل ، وظاهر كلام الحرقى أن في الاخوة روايتين كالولد والوالد وغيره من أصحابنا يجعلونهم من العاقله بكل حال ولا أعلم فيه عن غيرهم خلافا .

(فصل) فإن كان الولد ابن ابن عم أو كان الوالد والد المولى أو عصبه مولى فإنه يعقل في ظاهر كلام أحمد ، قاله القاضى . وقال أصحاب الشافعى لا يعقل لانه والد أو ولد فلم يعقل كما لو لم يكن كذلك . ولنا أنه ابن ابن عم أو مولى فيعقل كما لو لم يكن ولداً وذلك لان هذه القرابة أو الولاء سبب يستقل بالحكم منفرداً فإذا وجد مع مالا يثبت به الحكم أثبتته كما لو وجد مع الرحم المجرد ولانه يثبت حكمه مع القرابة الاخرى بدليل أنه يلى نكاحها مع أن الابن لا يلى النكاح عندهم .

فصل

وسائر العصبات من العاقله بعدوا أو قربوا من النسب والمولى وعصبته ومولى المولى وعصبته وغيرهم وبهذا قال عمر بن عبد العزيز والشافعى وحماد ومالك والشافعى ولا أعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لانهم عصبه يرثون المال إذا لم يكن وارث أقرب منهم فيدخلون في العقل كالقريب ولا يعتبر أن يكونوا وارثين في الحال بل متى كانوا يرثون لولا الحجب عقلوا لان النبي صلى الله عليه وسلم ، قضى بالدية بين عصبه المرأة من كانوا لا يرثون منها إلا ما فضل عن ورثتها ، ولأن المولى من العصبات فأشبهوا المناسبين .

(فصل) ولا يدخل في العقل من ليس بعصبه ولا يعقل المولى من أسفل ، وبه قال أبو حنيفة وأصحاب مالك ، وقال الشافعى في أحد قولييه يعقل لأنهما شخصان يعقل أحدهما صاحبه فيعقل الآخر عنه كالاخوين .

ولنا أنه ليس بعصبه له ولا وارث فلم يعقل عنه كالاجنبى . وما ذكره بطل بالذكر مع الاثنى والكبير مع الصغير والعاقل مع المجنون .

(فصل) ولا يعقل مولى الموالاة وهو الذى يوالى رجلاً يجعل له ولأه ونصرته

ولا الحليف وهو الرجل يحالف الآخر على أن يتناصرا على دفع الظلم ويتضافرا على من قصدهما أو قصد أحدهما ولا العديد وهو الذي لا عشيرة له ينضم الى عشيرة فيبعد نفسه معهم ، وبهذا قال الشافعى .

وقال أبو حنيفة . يعقل مولى الموالاة ويرث ، وقال مالك : إذا كان الرجل فى غير عشيرته فعقله على القوم الذى هو معهم . ولنا : أنه معنى يتعلق بالعصبة فلا يستحق بذلك كولاية النكاح .

(فصل) ولا مدخل لأهل الديوان فى العاقلة ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : يتحملون جميع الديه فإن عدموا فالأقارب حينئذ يعقلون لان عمر رضى الله عنه جعل الديه على أهل الديوان فى الاعطيه فى ثلاث سنين .

ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم ، قضى بالديه على العاقلة (١) ولأنه معنى لا يستحق به الميراث فلم يحمل العقل كالجوار واتفاق المذاهب وقضاء النبى صلى الله عليه وسلم أولى من قضاء عمر ، على أنه إن صح ما ذكر عنه فيحمل أنهم كانوا عشيرة القاتل .

(فصل) ويشترك فى العقل الحاضر والغائب : وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال مالك : يختص به الحاضر لان التحمل بالنصرة وإنما هى بين الحاضرين ، ولان فى قسمته على الجميع مشقة ، وعن الشافعى كالمذهبين .

ولنا : الخبر : وأنهم استنوا فى التعصيب والارث فاستنوا فى تحمل العقل كالحاضرين ولأنه معنى يتعلق بالتعصيب فاستنوا فيه الحاضر والغائب كالميراث والولاية .

(فصل) ويبدأ فى قسمته بين العاقلة بالأقرب فالأقرب بقسم على الإخوة وبنينهم والاعمام وبنينهم ثم أعمام الاب ثم بنينهم ثم أعمام الجد ثم بنينهم كذلك أبدا حتى اذا انقرض المناسبون فعلى المولى المعتق ثم على عصباته ثم على مولى المولى ثم على عصباته الأقرب فالأقرب كالميراث سواء .

وان قلنا : للآباء والأبناء من العاقلة بدى هم لأنهم أقرب ، ومتى اتسعت

(١) فى نسخة على عصبه القاتله .

أموال قوم للعقل لم يعدم إلى من يعدم ، لأنه حق يستحق بالتعصيب فيقدم
الأقرب فالأقرب كالميراث وولاية النكاح ، وهل يقدم من يدلى بالأبوين على من
يدلى بالأب ؟ على وجهين :

أحدهما : يقدم لأنه يقدم في الميراث فقدم في العقل ، كتقديم الأخ على ابنه
والثاني يستويان لأن ذلك يستفاد بالتعصيب ولا أثر للأم في التعصيب ، والأول
أولى إن شاء الله تعالى ، لأن قرابة الأم تؤثر في الترجيح والتقديم وقوة التعصيب
لا اجتماع القرابتين على وجه لا تنفرد كل واحدة بحكم ، وذلك لأن القرابتين تنقسم
إلى ما تنفرد كل واحدة منهما بحكم ، كإبن العم إن كان أخا من أم فإنه يرث بكل
واحدة من القرابتين ميراثا مفردا يرث السدس بالاختوة ويرث بالتعصيب ببنة
العم . وحجب إحدى القرابتين لا يؤثر في حجب الأخرى ، فهذا لا يؤثر في قوة
ولا ترجيح ، ولذلك لا يقدم ابن العم الذي هو أخ من أم على غيره ، ومالا ينفرد
كل واحد منهما بحكم ، كإبن العم من أبوين مع ابن عم من أب لا تنفرد إحدى
القرابتين بميراث عن الأخرى فتؤثر في الترجيح وقوة التعصيب ، ولذلك أثرت
في التقديم في الميراث فكذلك في غيره ، وبما ذكرناه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة
يسوى بين القريب والبعيد ويقسم على جميعهم ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم
جعل دية المقتولة على عصابة القاتلة .

ولنا أنه حكم تعلق بالتعصيب فوجب أن يقدم فيه الأقرب فالأقرب
كالميراث ، والخبر لا حجة فيه ، لأننا نقسمه على الجماعة إذا لم يف به الأقرب .
فنحمله على ذلك .

(فصل) ولا يحمل العقل إلا من يعرف نسبه من القاتل أو يعلم أنه من قوم
يدخلون كلهم في العقل ، ومن لا يعرف ذلك منه لا يحمل ، وإن كان من قبيلته
فلو كان القاتل قرشيا لم يلزم قرشيا كلهم التحمل ، فإن قرشيا وإن كانوا كلهم
يرجعون إلى أب واحد إلا أن قبائلهم تفرقت وصار كل قوم ينتسبون إلى أب
يتميزون به فيعقل عنهم من يشاركونهم في نسبهم إلى الأب الأدنى . ألا ترى أن
الناس كلهم بنو آدم . فهم راجعون إلى أب واحد ؟ لكن إن كان من نخذ واحد

يعلم أن جميعهم يتحملون وجب أن يحمل جميعهم ، سواء عرف أحدهم نسبه أو لم يعرف ، للعلم بأنه متحمل على أى وجه كان ، وإن لم يثبت نسب القاتل من أحد فالدية في بيت المال ، لأن المسلمين يرثونه إذا لم يكن له وارث ، بمعنى أنه يؤخذ ميراثه لبيت المال فكذلك يعقلونه على هذا الوجه ، وإن وجد له من يحمل بعض العقل فالباقي في بيت المال كذلك .

(فصل)

ولا خلاف بين أهل العلم في أن العاقلة لا تكلف من المال ما يخفف بها ويشق عليها لأنه لازم لها من غير جنايتها على سبيل المواساة للقاتل والتخفيف عنه فلا يخفف عن الجاني بما يثقل على غيره ويخفف به كالزكاة ، ولأنه لو كان الاجحاف مشروعا كان الجاني أحق به لأنه موجب جنايته وجزاء فعله ، فإذا لم يشرع في حقه ففي حق غيره أولى .

واختلف أهل العلم فيما يحمله كل واحد منهم ، فقال أحمد يحملون على قدر ما يطيقون ، فعلى هذا لا يتقدر شرعا وإنما يرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم فيفرض على كل واحد قدرأ يسهل ولا يؤذى ، وهذا مذهب مالك لأن التقدير لا يثبت إلا بتوقيف ولا يثبت بالرأى والتحكم ، ولا نص في هذه المسألة فوجب الرجوع فيها إلى اجتهاد الحاكم كمقادير النفقات .

وعن أحمد رواية أخرى أنه يفرض على الموسر نصف مثقال لأنه أقل مال يتقدر في الزكاة فكان معتبرا بها ، ويجب على المتوسط ربع مثقال لأن ما دون ذلك تافه لكون اليد لا تقطع فيه ، وقد قالت عائشة رضي الله عنها : لا تقطع اليد في الشيء التافه وما دون ربع دينار لا قطع فيه ، وهذا اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي . وقال أبو حنيفة : أكثر ما يجعل على الواحد أربعة دراهم وليس لأقله حد ، لأن ذلك مال يجب على سبيل المواساة للقرابة فلم يتقدر أقله كالنفقة ، قال ويسوى بين الغنى والمتوسط لذلك ، والصحيح الأول لما ذكرنا من أن التقدير إنما يصار إليه بتوقيف ولا توقيف فيه ، وأنه يختلف بالغنى والمتوسط كالزكاة والنفقة ، ولا يختلف بالقرب والبعد كذلك ، واختلف القائلون بالتقدير بنصف دينار وربعه .

قال بعضهم : يتكرر الواجب في الأعوام الثلاثة فيكون الواجب فيها على
الغنى ديناراً ونصفاً وعلى المتوسط ثلاثة أرباع دينار لأنه حق يتعلق بالحول على
سبيل المواساة فيتكرر بتكرر الحول كالزكاة .

وقال بعضهم : لا يتكرر لأن في إيجاب زيادة على النصف إيجاباً لزيادة على
أقل الزكاة فيكون مضرراً ، ويعتبر الغنى والمتوسط عند رأس الحول لأنه حال
الوجوب فاعتبر الحال عنده كالزكاة ، وإن اجتمع من عدد العاقلة في درجة واحدة
عدد كثير قسم الواجب على جميعهم فيلزم الحاكم كل إنسان على حسب ما يراه
وإن قل ، وعلى الوجه الآخر يجعل على المتوسط نصف ما على الغنى ، وبعم بذلك
جميعهم ، وهذا أحد قولي الشافعي

وقال في الآخر يخص الحاكم من شاء منهم فيفرض عليهم هذا القدر الواجب
لئلا ينقص عن القدر الواجب ويصير إلى الشيء التافه ، ولأنه يشق فربما أصاب كل
واحد قيراط فيشق جمعه .

ولنا أنهم استووا في القرابة فكانوا سواء كما لو قلوا وكالميراث ، وأما التعلق
بمشقة الجمع فغير صحيح ، لأن مشقة زيادة الواجب أعظم من مشقة الجمع ، ثم هذا
تعلق بالحكمة من غير أصل يشهد لها فلا يترك لها الدليل ، ثم هي معارضة بخفة
الواجب على كل واحد وسهولة الواجب عليهم ، ثم لا يخلو من أن يخص الحاكم
بعضهم بالاجتهاد أو بغير اجتهاد ، فإن خصه بالاجتهاد فعليه فيه مشقة وربما لم
يحصل له معرفة الأولى منهم بذلك فيتعذر الإيجاب ، وإن خصه بالتحكم أفضى إلى
أنه يخير بين أن يوجب على إنسان شيئاً بشموته من غير دليل ، وبين أن لا يوجب
عليه ولا نظير له ، وربما ارتشى من بعضهم ، وربما امتنع من فرض عليه شيء من
أدائه لكونه يرى مثله لا يؤدي شيئاً مع التساوي من كل الوجوه .

(فصل) ومن مات من العاقلة أو افتقر أو جن قبل الحول لم يلزمه شيء
لأنعلم في هذا خلافاً لأنه مال يجب في آخر الحول على سبيل المواساة فأشبه الزكاة
وإن وجد ذلك بعد الحول لم يسقط الواجب وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة
يسقط بالموت لأنه خرج عن أهلية الوجوب فأشبه ما لو مات قبل الحول .

ولنا أنه حق تدخله النيابة لا يملك إسقاطه في حياته فأشبه الديون ، وفارق

ما قبل الحول لأنه لم يجب ولم يستمر الشرط الى حين الوجوب ، فاما ان كان فقيراً حال التل فاستغنى عند الحول فقال القاضي يجب عليه لأنه وجد وقت الوجوب وهو من أهله ويخرج على هذا من كان صبياً قبله أو مجنوناً فأفاق عند الحول وجب عليه كذلك ويحتمل أن لا يجب لأنه لم يكن من أهل الوجوب حالة السبب فلم يثبت الحكم فيه حالة الشرط كالكافر إذا ملك مالا ثم أسلم عند الحول لم تلزمه الزكاة فيه

« مسأله ، قال (وليس على فقير من العاقله ولا امرأة ولا صبي ولا زائل العقل حمل شيء من الدية) »

أكثر أهل العلم على أنه لا مدخل لأحد من هؤلاء في تحمل العقل : قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المرأة والصبي الذي لم يبلغ لا يعقلان مع العاقله وأجمعوا على أن الفقير لا يلزمه شيء ، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي .

وحكى بعض أصحابنا عن مالك وأبي حنيفة أن للفقير مدخلا في التحمل وذكره أبو الخطاب رواية عن أحمد لأنه من أهل النصرة فكان من العاقله كالغني والصحيح الاول لأن تحمل العقل مواساة فلا يلزم الفقير كالزكاة ، ولأنها وجبت على العاقله تخفيفاً عن القاتل فلا يجوز الثقيل بها على من لا جناية منه ، وفي إيجابها على الفقير تثقيل عليه وتكليف له ما لا يقدر عليه ولأننا أجمعنا على أنه لا يكلف أحد من العاقله ما يشق عليه ويجهف به وتحميل الفقير شيئاً منها يشق عليه ويجهف به . وربما كان الواجب عليه جميع ماله أو أكثر منه أو لا يكون له شيء أصلاً ، وأما الصبي والمجنون والمرأة فلا يحملون منها لأن فيها معنى التناصر وليس هم من أهل النصرة .

(فصل : ويعقل المريض إذا لم يبلغ حد الزمانة والشيخ إذا لم يبلغ حد الهرم لأنهما من أهل النصرة والمواساة وفي الزمن والشيخ القاني وجهان .

أحدهما : لا يعقلان لأنهما ليسا من أهل النصرة ولهذا لا يجب عليهما الجهاد ولا يقتلان إذا كانا من أهل الحرب ، وكذلك يخرج في الأعمى لأنه مثلهما في هذا المعنى .

والثاني . يعقلون لأنهم من أهل المواساة ، ولهذا تجب عليهم الزكاة ، وهذا ينتقض بالصبي والمجنون ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كذهبنا

« مسألة ، قال (ومن لم يكن له عاقلة أخذ من بيت المال ، فإن لم يقدر على ذلك فليس على القاتل شيء) »

الكلام في هذه المسألة في فصلين . أحدهما : أن من لا عاقلة له هل يؤدي من بيت المال أو لا ؟ فيه روايتان . إحداهما : يؤدي عنه وهو مذهب الزهري والشافعي ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم ودى الأنصاري الذي قتل بخيبر من بيت المال ، وروى أن رجلا قتل في زحام في زمن عمر فلم يعرف قاتله ، فقال على لعمر يا أمير المؤمنين لا يطل دم امرئ مسلم ، فأدى دية من بيت المال ، ولأن المسلمين يرثون من لا وارث له فيعقلون عنه عند عدم عاقلته كعصباته ومواليه

والثانية : لا يجب ذلك ، لأن بيت المال فيه حق للنساء والصبيان والمجانين والفقراء ولا عقل عليهم ، فلا يجوز صرفه فيما لا يجب عليهم ، ولأن العقل على العصابات وليس بيت المال عصابة ولا هو كعصابة هذا . فأما قتيل الأنصار فغير لازم لأن ذلك قتيل اليهود وبيت المال لا يعقل عن الكفار بحال ، وإنما النبي صلى الله عليه وسلم تفضل عليهم

وقولهم إنهم يرثونه ، قلنا ليس صرفه إلى بيت المال ميراثا ، بل هو فيء ولهذا يؤخذ مال من لا وارث له من أهل الذمة إلى بيت المال ولا يرثه المسلمون ، ثم لا يجب العقل على الوارث إذا لم يكن عصابة ، ويجب على العصابة وإن لم يكن وارثا ، فعلى الرواية الأولى إذا لم يكن له عاقلة أدت الدية عنه كلها من بيت المال ، وإن كان له عاقلة لا تحمل الجميع أخذ الباقي من بيت المال ، وهل تؤدي من بيت المال في دفعة واحدة أو في ثلاث سنين ؟ على وجهين : أحدهما في ثلاث سنين على حسب ما يؤخذ من العاقلة والثاني يؤدي دفعة واحدة ، وهذا أصح لأن النبي (ص) أدى دية الأنصاري دفعة واحدة وكذلك عمر ولأن الدية بدل متلف لا تؤديه العاقلة فيجب كله في الحال كسائر بدل المتلفات ، وإنما أجل على العاقلة تخفيفا عنهم ولا حاجة إلى ذلك في بيت المال ولهذا يؤدي الجميع

الفصل الثاني : إذا لم يمكن الأخذ من بيت المال فليس على القاتل شيء ، وهذا أحد قولى الشافعى ، لأن الدية لزمّت العاقلة ابتداء ، بدليل أنه لا يطالب بها غيرهم ولا يعتبر تحمّلهم ولا رضاعهم بها ولا تجب على غير من وجبت عليه كالأول عدم القاتل فإن الدية لا تجب على أحد كذا ههنا ، فعلى هذا إن وجد بعض العاقلة حلوا بقسطهم وسقط الباقي فلا يجب على أحد ، ويتخرج أن تجب الدية على القاتل إذا تعذر حلها عنه ، وهذا القول الثانى للشافعى لعموم قوله (ودية مسلمة إلى أهله) ولأن قضية الدليل وجوبها على الجاني جبراً للحل الذى فوته ، وإنما سقط عن القاتل إتيان العاقلة مقامه فى جبر المحل ، فإذا لم يؤخذ ذلك بقى واجباً عليه بمقتضى الدليل ، ولأن الأمر دائر بين أن يطل دم المقتول وبين إيجاب دية على المتلف ، لا يجوز الأول لأن فيه مخالفة الكتاب والسنة وقياس أصول الشريعة فتعين الثانى ، ولأن إهدار الدم المضمون لا نظير له وإيجاب الدية على قاتل الخطأ له نظائر فإن المرتد لما لم يكن له عاقلة تجب الدية فى ماله ، والذى الذى لا عاقلة له تلزمه الدية ، ومن رمى سبها ثم أسلم أو كان مسلماً فارتد أو كان عليه الولاء لموالى أمه فأنجر إلى موالى أبيه ثم أصاب بسهم إنساناً فقتله كانت الدية فى ماله لتعذر حمل عاقلة عقله ، كذلك ههنا فنحرم منه قياساً فنقول : قتل معصوم فى دار الإسلام تعذر حمل عاقلة عقله فوجب على قاتله كمذه الصورة ، وهذا أولى من إهدار دماء الأحرار فى أغلب الأحوال ، فإنه لا يكاد يوجد عاقلة تحمل الدية كلها ، ولا سبيل إلى الأخذ من بيت المال فتضيع الدماء ويفوت حكم إيجاب الدية

وقولهم أن الدية تجب على العاقلة ابتداء ممنوع ، وإنما تجب على القاتل ثم تتحملها العاقلة عنه ، وإن سلمنا وجوبها عليهم ابتداء لىكن مع وجودهم ، أما مع عدمهم فلا يمكن القول بوجوبها عليهم ثم ما ذكره منقوض بما أبديناه من الصور فعلى هذا تجب الدية على القاتل أن تعذر حمل جميعها أو باقيةا أن حملت العاقلة بعضها والله أعلم

• مسأله ، قال (ودية الحر الكتابى نصف دية الحر المسلم ، ونساؤهم على النصف من دياتهم)

هذا ظاهر المذهب ، وهو مذهب عمر بن عبد العزيز وعروة ومالك وعمر و

ابن شعيب ، وعن أحمد أنها ثلث دية المسلم إلا أنه رجع عنها فإن صالحا روى عنه أنه قال كنت أقول دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف ، وأنا اليوم أذهب إلى نصف دية المسلم حديث عمرو بن شعيب ، وحديث عثمان الذي يرويه الزهري عن سالم عن أبيه وهذا صريح في الرجوع عنه .

وروى عن عمر وعثمان أن دية أربعة آلاف درهم ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والحسن وعكرمة وعمرو بن دينار والشافعي وإسحاق وأبو ثور لما روى عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف أربعة آلاف .

وروى عن عمر رضي الله عنه جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف ودية المجوسي ثمانمائة درهم ، وقال علقمة ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري وأبو حنيفة دية كدية المسلم ، وروى ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود ومعاوية رضي الله عنهم .

وقال ابن عبد البر ، هو قول سعيد بن المسيب والزهري لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : دية اليهودي والنصراني مثل دية المسلم ، ولأن الله تعالى ذكر في كتابه دية المسلم فقال : ودية مسلمة إلى أهله (وقال في الذمي مثل ذلك ولم يفرق فدل على أن ديتهما واحدة ولأنه ذكر حر معصوم فتكمل ديته كالمسلم .

ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : دية المعاهد نصف دية المسلم ، وفي لفظ : أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن عقل الكتابي نصف عقل المسلم ، رواه الإمام أحمد .

وفي لفظ : دية المعاهد نصف دية الحر ، قال الخطابي ليس في دية أهل الكتاب شيء أثبت من هذا ولا بأس بإسناده ، وقد قال به أحمد وقول رسول الله (ص) أولى ولأنه نقص مؤثر في الدية فآثر في تنصيفها كالأنوثة .

وأما حديث عبادة فلم يذكره أهل السنن ؛ والظاهر أنه ليس بصحيح ، وأما حديث عمر فانما كان ذلك حين كانت الدية ثمانية آلاف فأوجب فيه نصفها أربعة آلاف ودليل ذلك ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كانت

قيمة الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ودية أهل الكتاب يومئذ النصف ، فهذا بيان وشرح مزيل للاشكال ففيه جمع للأحاديث فيكون دليلاً لنا ولو لم يكن كذلك لكان قول النبي صلى الله عليه وسلم مقدماً على قول عمر وغيره بغير إشكال فقد كان عمر إذا بلغه عن النبي (ص) سنة ترك قوله وعمل بها فكيف يسوع لأحد أن يحتج بقوله في ترك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم .

فأما ما احتج به الآخرون فإن الصحيح من حديث عمرو بن شعيب ما روياه أخرجه الآئمة في كتبهم دون ما رووه : وأما ما رووه من أقوال الصحابة فقد روى عنهم خلافة فتحمل قولهم في إيجاب الدية كاملة على سبيل التخليط . قال أحمد : إنما غاظ عثمان الدية عليه لأنه كان عمداً فلما ترك القود غلظ عليه ، وكذلك حديث معاوية ومثل هذا ما روى عن عمر رضي الله عنه حين اتهم رقيق حاطب ناقة لرجل مزني فقال لحاطب إنني أراك تجيعهم لا غرمك غرما يشق عليك فأغرمه مثلي قيمتها : فأما ديات نساءهم فعلى النصف من دياتهم لا نعلم في هذا خلافاً ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن دية المرأة نصف دية الرجل ولأنه لما كان دية نساء المسلم على النصف من دياتهم كذلك نساء أهل الكتاب على النصف من دياتهم .

(فصل) وجراحاتهم من دياتهم كجراح المسلمين من دياتهم وتغلظ دياتهم باجتماع الحرمات عند من يرى تغليظ ديات المسلمين بها كتغليظ ديات المسلمين قال حرب قلت لأبي عبد الله فإن قتل ذمياً في الحرم قال يزداد أيضاً على قدره كما يزداد على المسلم ، وقال الآئمة قيل لأبي عبد الله جنى على مجوس في عينه وفي يده قال يكون بحساب دية كما أن المسلم يؤخذ بالحساب فكذلك هذا قيل قطع يده ، قال بالنصف من دية .

مسألة ، قال (فإن قتلوه عمداً أضعف الدية على قاتله المسلم لإزاله القود)

هكذا حكم عثمان بن عفان رضي الله عنه : هذا يروى عن عثمان رواه أحمد

عن عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن سالم عن أبيه أن رجلا قتل رجلا من أهل الذمة فرفع إلى عثمان فلم يقتله وغلظ عليه ألف دينار فصار إليه أحد أتباعه وله نظائر في مذهبه فإنه أوجب على الأعور لما قلع عين الصحيح دية كاملة حين درأ القصاص عنه وأوجب على سارق التمر مثلي قيمته حين درأ عنه القطع ، وهذا حكم النبي صلى الله عليه وسلم في سارق التمر فيثبت مثله ههنا ، ولو كان القاتل ذميا أو قتل ذميا مسلما لم تضعف الدية عليه لأن القصاص عليه واجب في الموضعين ، وجمهور أهل العلم على أن دية الذمي لا تتضاعف بالعمد لعموم الأثر فيها ولأنها دية واجبة فلم تضاعف كدية المسلم أو كما لو كان القاتل ذميا ولا فرق في الدية بين الذمي وبين المستامن لأن كل واحد منهما كتابي معصوم الدم ، وأما المرتد والحربي فلا دية لهما لعدم العصمة فيهما .

« مسألة ، قال (ودية المجوسي ثمانمائة درهم ونساؤهم على النصف) »

وهذا قول أكثر أهل العلم ، قال أحمد ما أقل ما اختلف في دية المجوسي ؟ ومن قال ذلك عمر وعثمان وابن مسعود رضي الله عنهم وسعيد بن المسيب وسليمان ابن يسار وعطاء وعكرمة والحسن ومالك والشافعي وإسحاق .

وروى عن عمر بن عبد العزيز أنه قال ديته نصف دية المسلم كدية الكتابي لقول النبي (ص) « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » وقال النخعي والشعبي وأصحاب الرأي ديته كدية المسلم لأنه آدمي حر معصوم فأشبهه المسلم .

ولنا قول من سمينا من الصحابة ، ولم نعرف لهم في عصرهم مخالفا فكان إجماعا وقوله « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » يعني في أخذ جزيتهم وحقن دماهم بدليل أن ذبائحهم ونسائهم لا تحل لنا ، ولا يجوز اعتباره بالمسلم ولا الكتابي لنقصان دينه وأحكامه ، هما فينبغي أن تنقص ديته كنقص المرأة عن دية الرجل ، وسواء كان المجوسي ذميا أو مستامنا لأنه محقون الدم ، ونساؤهم على النصف من دياتهم بإجماع وجراح كل واحد معتبرة من ديته ، وإن قتلوا عمداً أضعفت الدية على القاتل المسلم لازالة القود ، نص عليه أحمد قياسا على الكتابي

(فصل) فأما عبدة الأوثان وسائر من لا كتاب له كاترك ومن عبد ما استحسن

فلا دية لهم^(١) ، وإنما تحقق دماؤهم بالأمان ، فإذا قتل من له أمان منهم فديته دية مجوسى لأنها أقل الديات فلا تنقص عنها ، ولأنه كافر ذو عهد لا تحل منا كحته فأشبهه المجوسى .

(فصل - ومن لم تبلغه الدعوة من الكفار إن وجد لم يجز قتله حتى يدعى فان قتل قبل الدعوة من غير أن يعطى أماناً فلا ضمان فيه ، لأنه لا عهد له ولا إيمان فأشبهه امرأة الحرب وابنه الصغير ، وإنما حرم قتله ليبلغه الدعوة ، وهذا قول قول أبى حنيفة ، وقال أبو الخطاب . يضمن بما يضمن به أهل دينه ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه يحقون الدم أشبه من له أمان ؛ والاول أولى : فان هذا ينتقض بصبيان أهل الحرب ومجانينهم ، ولأنه كافر لا عهد له فلم يضمن كالصبيان والمجانين ، فأما إذا كان له عهد فله دية أهل دينه ، فان لم يعرف دينه ففيه دية المجوسى لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه .

مسأله ، قال (ودية الحرة المسلمة نصف دية الحر المسلم)

قال ابن المنذر وابن عبد البر : أجمع أهل العلم على أن دية المرأة نصف دية الرجل وحكى غيرهما عن ابن عليه والاصم أنها قالوا : ديتها كدية الرجل لقوله عليه السلام : في النفس المؤمنة مائة من الأبل ، وهذا قول شاذ يخالف إجماع الصحابة وسنة النبي صلى الله عليه وسلم ، فإن في كتاب عمرو بن حزم دية المرأة على النصف من دية الرجل ، وهي اخص مما ذكروه وهما في كتاب واحد فيكون ما ذكرنا مفسراً لما ذكروه مخصصاً له ، ودية نساء كل أهل دين على النصف من دية رجالهم على ما قدمنا في موضعه .

مسأله ، قال (وتساوى جراح المرأة جراح الرجل إلى ثلث الدية ، فإن جاوز الثلث فعلى النصف)

وروى هذا عن عمر وابن عمر وزيد بن ثابت ، وبه قال سعيد بن المسيب وعمر ابن عبد العزيز وعروة بن الزبير والزهرى وقتادة والأعرج وربيعه ومالك .

قال ابن عبد البر : وهو قول فقهاء المدينة السبعة وجمهور أهل المدينة . وحكى عن الشافعى فى القديم . وقال الحسن : يستويان الى النصف ، وروى عن على رضى الله عنه أنها على النصف . فيما قل وكثر ، وروى ذلك عن ابن سيرين ، وبه قال الثورى والليث وابن أبى ليلى وابن شبرمه وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور والشافعى فى ظاهر مذهبه . واختاره ابن المنذر لأنها شخصان تختلف ديتهما فاختلف أرش أطرافهما كالمسلم والكافر ، ولأنها جناية لها أرش مقدر فكان من المرأة على النصف . من الرجل كاليد ، وروى عن ابن مسعود أنه قال : تعاقل المرأة الرجل إلى نصف . عشر الدية ، فإذا زاد على ذلك فهي على النصف . لأنها تساويه فى الموضحة .

ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال . قال رسول الله (ص) : عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها ، أخرجه النسائى ، وهو نص يقدم على ما سواه .

وقال ربيعة : قلت لسعيد بن المسيب كم فى أصبع المرأة ؟ قال عشر ، قلت فى أصبعين ؟ قال عشرون ، قلت فى ثلاث أصابع ؟ قال ثلاثون ، قلت فى أربع قال عشرون . قال قلت : لما عظمت مصيبتها قل عقلمها ؟ قال : هكذا السنة يا ابن أخى ، وهذا مقتضى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، رواه سعيد بن منصور ، ولأنه إجماع الصحابة رضى الله عنهم إذ لم ينقل عنهم خلاف ذلك إلا عن على ، ولا نعلم ثبوت ذلك عنه ، ولأن ما دون الثلث يستوى فيه الذكر والانشى بدليل الجنين ، فإنه يستوى فيه الذكر والانشى ، فأما الثلث نفسه فهل يستويان فيه ؟ على روايتين

إحداهما : يستويان فيه ، لأنه لم يعتبر حد القلة ، ولهذا صححت الوصية به . وروى أنهما يختلفان فيه ، وهو الصحيح لقوله عليه السلام . حتى يبلغ الثلث ، وحتى للغاية ، فيجب أن تكون مخالفة لما قبلها لقول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية) ولأن الثلث فى حد الكثرة لقوله عليه السلام . الثلث والثلث كثير ،

(فصل) فأما دية نساء سائر أهل الأديان فقال أصحابنا : تساوى دياتهن ديات رجالهم الى الثلث اعموم قوله عليه السلام . عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى

يلتزم الثلث من دينها ، ولأن الواجب دية امرأة فساوت دية الرجل من أهل دينها كالمسلمين ، ويحتمل أن تساوى المرأة الرجل الى قدر ثلث دية الرجل المسلم لانه القدر الكثير الذى يثبت فيه التنصيف - فى الاصل وهو دية المسلم

« مسأله ، قال : ودية العبد والامة قيمتهما بالغة ما يلزم ذلك)

قد تقدم شرح هذه المسأله فيما مضى ولا فرق فى هذا الحكم بين القن من العبيد والمدبر والمكاتب وأم الولد ، قال الخطابي : أجمع عوام الفقهاء على أن المكاتب عبد ما بقى عليه درهم فى جنايته والجناية عليه ، الا ابراهيم النخعي فإنه قال فى المكاتب : يودى بقدر ما أدى من كتابته دية الحر ، وما بقى دية العبد . وروى فى ذلك شئ عن على رضى الله عنه .

وقد روى أبو داود فى سننه والامام أحمد فى مسنده قال حدثنا محمد بن عبد الله حدثنا هشام بن أبى عبد الله قال : حدثنى يحيى بن أبى كثير عن عكرمة عن ابن عباس قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المكاتب يقتل أنه يودى ما أدى من كتابته دية الحر وما بقى دية العبد ، قال الخطابي . وإذا صح الحديث وجب القول به إذا لم يكن منسوخا أو معارضا بما هو أولى منه .

« مسأله ، قال (ودية الجنين إذا سقط من الضربه ميتا وكان من حرة مسلمه غرة عبد أو أمه قيمتهما خمس من الابل موروثة عنه كأنه سقط حيا)

يقال غرة عبد بالصفه وغرة عبد بالاضافه والصفه أحسن لان الغرة اسم للعبد نفسه . قال مهمل :

كل قتيل فى كليب غره حتى ينال القتل إلى مره

فى هذه المسأله فصول خمس أحدها : أن فى جنين الحرة المسلمه غرة ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم عمر بن الخطاب وعطاء والشعبي والنخعي والزهرى ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الراى

وقد روى عن عمر رضى الله عنه « أنه استشار الناس فى أملاص المرأة فقال المغيرة بن شعبه : شهدت النبی صلى الله عليه وسلم قضى فيه بغرة عبد أو أمه ، قال لتأتين بمن يشهد معك فشهد له محمد بن مسلمه ،

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : اقتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها ، فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن دية جنينها عبد أو أمة ، وقضى بديه المرأة على عاقبتها وورثها ولدها ومن معهم ، متفق عليه ، والغرة عبد أو أمة ، سميها بذلك لأنها من أنفس الأموال ، والأصل في الغرة الخيار .

فإن قيل فقد روى في هذا الخبر : أو فرس أو بغل ،

قلنا هذا لا يثبت . رواه عيسى بن يونس ووهب فيه . قاله أهل النقل ، والحديث الصحيح المتفق عليه إنما فيه : عبد أو أمة ،

فأما قول الخرقى : من حرة مسلمة ، فإنما أراد أن جنين الحرة المسلمة لا يكون إلا حراً مسلماً ، فتى كان الجنين حراً مسلماً ففيه الغرة ، وإن كانت أمه كافرة أو أمة مثل أن يتزوج المسلم كناية فإن جنينها منه محكوم بإسلامه وفيه الغرة ، ولا يرث منها شيئاً لأنه مسلم وولد السيد من أمته وولد المغرور من أمة حر ، وكذلك لو وطئت الأمة بشبهة فولدها حر وفيه الغرة . فأما إن كان الجنين محكوماً برقه لم تجب فيه الغرة وسيأتي بيان حكمه .

وأما جنين الكنايه والمجوسية إذا كان محكوماً بكفره ففيه عشر دية أمه . وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي .

قال ابن المنذر : ولم أحفظ عن غيرهم خلافهم ، وذلك لأن جنين الحرة المسلمة مضمون بعشر دية أمه فكذلك جنين الكافرة ، إلا أن أصحاب الرأي يرون أن دية الكافرة كدية المسلمة فلا يتحقق عندهم بينهما اختلاف ، فإن كان أبا الجنين كافرين مختلفاً دينهما كولد الكتابي من المجوسية والمجوسى من الكنايه اعتبرناه بأكثرهما دية فتوجب فيه عشر دية كناية على كل حال ، لأن ولد المسلمة من الكافرة معتبر بأكثرهما دية كذا هنا ، ولا فرق فيما ذكرناه بين كون الجنين ذكراً أو أنثى ، لأن السنة لم تفرق بينهما ، وبه يقول الشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وعامة أهل العلم ، ولو ضرب بطن كناية حاملاً من كتابي فأسلم أحد أبويه ثم أسقطته ففيه الغرة في قول ابن حامد والقاضي وهو ظاهر كلام أحمد ومذهب الشافعي ، لأن الضمان معتبر بحال استقرار الجنابة والجنين محكوم بإسلامه

عند استقرارها ، وفي قول أبي بكر وأبي الخطاب : فيه عشرة دية كتابية ، لأن الجناية عليه في حال الغرة ، وإن ضرب بطن أمة فأعتقت ثم ألفت الجنين ؛ قول ابن حامد والقاضي فيه غرة ، وفي قول أبي بكر وأبي الخطاب فيه عشرة قيمة أمة لأن الجناية عليه في حال كونه عبداً ويمكن منع كونه عبداً ويمكن منع كونه صار حراً ، لأن الظاهر تلفه بالجناية وبعد تلفه لا يمكن تحريره ، وعلى قول هذين يكون الواجب فيه لسيدته : وعلى قول ابن حامد للسيد أقل الأمرين من الغرة أو عشرة قيمة أمة ، لأن الغرة إن كانت أكثر لم يستحق الزيادة لأنها زادت بالحرية الحاصلة بزوال ملكه ، وإن كانت أقل لم يسكن له أكثر منها لأن النقص حصل بإعتاقه فلا يضمن له ، كما لو قطع يد عبد فأعتقه سيده ثم مات بسرابة الجناية كان له أقل الأمرين من دية حر أو نصف قيمته ، وما فضل عن حق السيد لورثة الجنين

فأما إن ضرب بطن الأمة فأعتق السيد جنينها وحده نظرت فإن أسقطته حياً لوقت يعيش مثله ففيه دية حر نص عليه أحمد ، وإن كان لوقت لا يعيش مثله ففيه غرة لأنه حر على قول ابن حامد ، وعلى قول أبي بكر عليه عشرة قيمة أمة ؛ وإن أسقطته ميتاً ففيه عشرة قيمة أمة لأننا لا نعلم كونه حياً حال إعتاقه ، ويحتمل أن تجب عليه الغرة لأن الأصل بقاء حياته فأشبه ما لو أعتق أمة

الفصل الثاني . أن الغرة إنما تجب إذا سقط من الضربة . ويعلم ذلك بأن يسقط عقيب الضرب أو يبقاها متألماً إلى أن يسقط ، ولو قتل حاملاً لم يسقط جنينها أو ضرب من في جوفها حركة أو انتفاخ فسكن الحركة واذهبها لم يضمن الجنين وهذا قال مالك وقتادة والاوزاعي والشافعي وإسحاق وابن المنذر ، وحكي عن الزهري أن عليه الغرة لأن الظاهر أنه قتل الجنين فلزمته الغرة كما لو أسقطت ولنا أنه لا يثبت حكم الولد إلا بخروجه ولذلك لا تصح له وصية ولا ميراث ولأن الحركة يجوز أن تكون لريح في البطن سكنت ولا يجب الضمان بالشك ، فأما إذا ألقته ميتاً فقد تحقق الظاهر تلفه من الضربة فيجب ضمانته سواء ألقته في حياتها أو بعد موتها ، وهذا قال الشافعي ، وقال مالك وأبو حنيفة إن ألقته بعد موتها لم يضمنه لأنه يجري مجرى أعضائها وبوتها سقط حكم أعضائها

ولنا أنه جنين تلف بجنايته وعلم ذلك بخروجه فوجب ضمانه كما لو سقط في

حياتها ولأنه لو سقط حيا ضمنه فكذلك إذا سقط ميتا كما لو أسقطته في حياتها وما ذكره ليس بصحيح لأنه لو كان كذلك لكان إذا سقط ميتا ثم ماتت لم يضمه كاعضائها ولأنه آدمى موروث فلا يدخل في ضمان أمه كما لو خرج حيا . فأما أن ظهر بعضه من بطن أمه ولم يخرج باقيه ففيه الغرة : وبه قال الشافعي

وقال مالك وابن المنذر : لا تجب الغرة حتى تلقيه لأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما أوجب الغرة في الجنين الذي ألقته المرأة وهذه لم تلق شيئا أشبه ما لو لم يظهر منه شيء . ولنا أنه قاتل لجنينها فلزمته الغرة كما لو ظهر جميعه . ويفارق ما لو لم يظهر منه شيء لأنه لم يتيقن قتله ولا وجوده

وكذلك أن ألفت يدا أو رجلا أو رأسا أو جزءا من أجزاء الأدمى وجبت الغرة لانا تيقنا أنه من جنين ، وإن ألفت رأسين أو أربع أيد لم يجب أكثر من غرة لأن ذلك يجوز أن يكون من جنين واحد . ويجوز أن يكون من جنينين فلم تجب الزيادة مع الشك لأن الأصل براءة الذمة ، وكذلك لم يجب ضمانه إذا لم يظهر ، فإن أسقطت ما ليس فيه صورة آدمى فلا شيء فيه لانا لا نعلم أنه جنين . وإن ألفت مضغة فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفيه ففيه غرة : وإن شهدت أنه مبتدأ خلق آدمى لو بقي تصور ففيه وجهان . أحدهما : لا شيء فيه لأنه لم يتصور فلم يجب فيه كالعلقة . ولأن الأصل براءة الذمة فلا تشغلها بالشك والثاني فيه غرة لأنه مبتدأ خلق آدمى أشبه ما لو تصور وهذا يبطل بالنطفة والعلقة

الفصل الثالث : أن الغرة عبد أو أمه . وهذا قول أكثر أهل العلم . وقال عروة وطاوس ومجاهد : عبد أو أمة أو فرس ، لأن الغرة اسم لذلك . وقد جاء في حديث أبي هريرة قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجنين بغرة عبد أو أمه أو فرس أو بغل ،

وجعل ابن سيرين مكان الفرس مائة شاة ونحوه قال الشعبي ، لأنه روى في حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه جعل في ولدها مائة شاة . رواه أبو داود وروى عن عبد الملك بن مروان أنه قضى في الجنين إذا أمص بعشرين دينارا فإذا كان مضغة فأربعين ، فإذا كان عظما فستين فإذا كان العظم قد كسى لحما فثمانين

فإن ثم خلقه وكسى شعره فائة دينار ، قال قتادة : إذا كان علقه فثلث غرة وإذا كان مضغة فثلاثى غرة .

ولنا قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في إملأص المرأة بعبد أو أمة . وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قاضية على ما خالفها . وذكر الفرس والبغل في الحديث وهم انفرد به عيسى بن يونس عن سائر الرواة فالظاهر أنه وهم فيه وهو متروك في البغل بغير خلاف وكذلك في الفرس ، وهذا الحديث الذي ذكرناه أصح ما روى فيه وهو متفق عليه . وقد قال به أكثر أهل العلم فلا يلتفت إلى ما خالفه وقول عبد الملك بن مروان تحكم بتقدير لم يرد به الشرع ، وكذلك قتادة ، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق بالاتباع من قولها .

إذا ثبت هذا فإنه تلزمه الغرة فإن أراد دفع بدلها ورضى المدفوع إليه جاز لأنه حق آدمي فجاز ما تراضيا عليه وأيهما امتنع من قبول البديل فله ذلك لأن الحق فيها فلا يقبل بدلها إلا برضاها وتجب الغرة سالمة من العيوب ، وإن قل العيب لأنه حيوان وجب بالشرع فلم يقبل فيه المعيب كالشاة في الزكاة لأن الغرة الخيار والمعيب ليس من الخيار ولا يقبل فيها هرمة ولا ضعيفة ولا خنثى ولا خصى ، وإن كثرت قيمته لأن ذلك عيب ، ولا يتقدر سنه في ظاهر كلام الحرقى ، وهو قول أبى حنيفة .

وقال القاضى وأبو الخطاب وأصحاب الشافعى لا يقبل فيها من له دون سبع سنين لأنه يحتاج إلى من يكفله له ويحضنه وليس من الخيار ، وذكر بعض أصحاب الشافعى أنه لا يقبل فيها غلام بلغ خمسة عشر سنة لأنه لا يدخل على النساء ولا ابنة عشرين لأنها تتغير ، وهذا تحكم لم يرد الشرع به فيجب أن لا يقبل وما ذكره من الحاجة إلى الكفالة باطل بمن له فوق السبع ، ولأن بلوغه قيمة الكبير مع صغره يدل على أنه خيار ولم يشهد لما ذكره نص ولا له نظير يقاس عليه والشاب البالغ أكمل من الصبي عقلا وبنية وأقدر على التصرف وأنفع في الخدمة وقضاء الحاجة وكونه لا يدخل على النساء إن أريد به النساء الاجنبيات بلا حاجة إلى دخوله عليهن وإن أريد به سيده فليس بصحيح ، فإن الله تعالى قال (ليستأذنكم الذين ملككم أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم) — إلى قوله — ليس عليكم ولا عليهم جناح

بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض ثم لو لم يدخل على النساء لحصل من نفعه أضعاف ما يحصل من دخوله وفوات شيء إلى ما هو أنفع منه لا يعد فواتا كمن اشترى بدرهم ما يساوي عشرة لا يعد فواتا ولا خسرانا ولا يعتبر لون الغرة وذكر عن أبي عمرو بن العلاء أن الغرة لا تكون إلا بيضاء ولا يقبل عبد أسود ولا جارية سوداء .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بعبد أو أمة وأطلق مع غلبة السواد على عبيدهم وإمائهم ولأنه حيوان يجب دية فلم يعتبر لونه كالإبل في الدية .

الفصل الرابع : أن الغرة قيمتها نصف عشر الدية وهي خمس من الإبل ، وروى ذلك عن عمر وزيد رضي الله عنهما ، وبه قال الذخعي والشعبي وربيعه وقتادة ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، ولأن ذلك أقل ما قدره الشرع في الجنايات وهو أرش الموضحة ودية السن فرددناه إليه .

فإن قيل : فقد وجب في الأئمة ثلاثة أبعرة وثلاث وذلك دون ما ذكرتموه قلنا : الذي نص عليه صاحب الشريعة غرة قيمتها أرش الموضحة وهو خمس من الإبل ، وإذا كان أبو الجنين كتابيين ففيه غرة قيمتها نصف قيمة الغرة الواجبة في المسلم وفي جنين المجوسية غرة قيمتها أربعون درهما وإذا تعذر وجود غرة بهذه الدراهم وجبت الدراهم لأنه موضع حاجة ، وإذا اتفق نصف عشر الدية من الأصول كلها بأن تكون قيمتها خمسا من الإبل وخمسين دينارا أو ستمائة درهم فلا كلام .

وان اختلفت قيمة الإبل فنصف عشر الدية من غيرها مثل أن كانت قيمة الإبل أربعين دينارا أو أربعمائة درهم ، فظاهر كلام الحرقى أنها تقوم بالإبل لأنها الأصل وعلى قول غيره من أصحابنا تقوم بالذهب أو الورق فجعل قيمتها خمسين دينارا أو ستمائة درهم ، فإن اختلفا قومت على أهل الذهب به وعلى أهل الورق به فإن كان من أهل الذهب والورق جميعا قومها من هي عليه بما شاء منهما لأن الخيرة إلى الجاني في دفع ما شاء من الأصول . ويحتمل أن تقوم بأدناهما على كل حال لذلك ، وإذا لم يجد الغرة انتقل إلى خمس من الإبل على قول الحرقى ، وعلى قول غيره ينتقل إلى خمسين دينارا أو ستمائة درهم .

الفصل الخامس : أن الغرة موروثه عن الجنين كأنه سقط حيا لأنها دية له وبديل عنه فيرثها ورثته كما لو قتل بعد الولادة، وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي . وقال الليث : لا تورث بل تكون بدله لأنه لا تورثه كعضو من أعضائها فأشبهه بدها .

ولنا أنها دية آدمى حر فوجب أن تكون موروثه عنه كما لو ولدته حيا ثم مات وقوله إنه عضو من أعضائها لا يصح لأنه لو كان عضواً لدخل بدله في دية أمه كيدنها ولما منع من القصاص من أمه وإقامته الحد عليها من أجله ولما وجبت الكفارة بقتله ولما صح عتقه دونها ولا عتقها دونه ولا تصور حياته بعد موتها ، ولأن كل نفس تضمن بالديه تورث كديه الحى فعلى هذا إذا أسقطت جنينا ميتا ثم ماتت فإنها ترث نصيبها من ديته ثم يرثها ورثته ، وإن ماتت قبله ثم ألقته ميتا لم يرث أحدهما صاحبه .

وإن خرج حيا ثم مات قبلها ثم ماتت فإنها ترث نصيبها من ديته ثم يرثها ورثتها وإن ماتت قبله ثم ألقته ميتا لم يرث أحدهما صاحبه ، وإن خرج حيا ثم ماتت قبله ثم مات أو ماتت ثم خرج حيا ثم مات ورثها ثم يرثه ورثته ، وإن اختلف وراثتهما في أولهما موتاً لحكهما حكم الفرقى على ما ذكر في موضعه ويجوز على قول الفرقى في المسألة التي ذكرها إذا ماتت امرأة وابنها أن يحلف ورثته كل واحد منهما ويختصوا بميراثه .

وإن ألق جنينا ميتا أو حيا ثم مات ثم ألق آخر حيا ففي الميت غرة وفي الحى الأول دية كاملة إذا كان سقوطه لوقت يعيش مثله ويرثهما الآخر ثم يرثه ورثته إن مات ، وإن كانت الأم قد ماتت بعد الأول وقبل الثاني فإن دية الأول ترث منها الأم والجنين الثاني ثم إذا ماتت الأم ورثها الثاني ثم يصير ميراثه لورثته ، وإن ماتت الأم بعدهما ورثتهما جميعا .

(فصل) وإذا ضرب بطن امرأة فالقت أجنة ففي كل واحد غرة ، وبهذا قال الزهري ومالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر، قال ولا أحفظ عن غيرهم خلافاً له وذلك لأنه ضمان آدمى فتعدد بتعدد كالديات وإن ألقتم أحياء في وقت يعيشون

في مثله ثم ماتوا ففي كل واحدة دية كاملة وإن كان بعضهم حياً فمات وبعضهم ميتاً
ففي الحي دية وفي الميت غرة .

(فصل) وتحمل العاقلة دية الجنين إذا مات مع أمه ، نص عليه أحمد إذا
كانت الجناية عليها خطأ أو شبه عمد لما روى المغيرة بن شعبه أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم قضى في الجنين بغرة عبد أو أمة على عصابة القاتلة ، وإن كان قتل
الأم عمداً أو مات الجنين وحده لم تحمله العاقلة ، وقال الشافعي تحمله العاقلة على
كل حال بناء على قوله إن العاقلة تحمل القليل والكثير والجنابة على الجنين ليست
بعمد لأنه لا يتحقق وجوده ليكون مقصوداً بالضرب .

ولنا أن العاقلة لا تحمل ما دون الثلث على ما ذكرناه وهذا دون الثلث وإذا
مات وحده أو من جنابة عمد فدية أمه على قاتلها فكذلك دية الجنابة لا يحمل
بعض ديتها البجائي وبعضها غيره فيكون الجميع على القاتل كما لو قطع عمداً فسرت
الجنابة إلى النفس .

« مسألة ، قال (وإن كان الجنين مملوكاً ففيه عشر قيمة أمه سواء كان
الجنين ذكراً أو أنثى) »

وجملة ذلك : أنه إذا كان جنين الأمة مملوكاً فسقط من الضربة ميتاً ففيه عشر
قيمة أمه ، هذا قول الحسن وقتادة ومالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر وبنحوه
قال النخعي والزهرى .

وقال زيد بن أسلم يجب فيه نصف عشر غرة وهو خمسة دنانير ، وقال الثوري
وأبو حنيفة وأصحابه يجب فيه نصف عشر قيمته إن كان ذكراً وعشر قيمته إن
كان أنثى لأن الغرة واجبة في جنين الحرة نصف عشر دية الرجل وعشر دية الأنثى
وهذا متلف فاعتباره بنفسه أولى من اعتباره بأمه ، ولأنه جنين مضمون تلفه
بالضربة فكان فيه نصف عشر الواجب فيه إذا كان ذكراً كبيراً وعشر الواجب
إذا كان أنثى كجنين الحرة .

وقال محمد بن الحسن مذهب أهل المدينة يفضى إلى أن يجب في الجنين الميت
أكثر من قيمته إذا كان حياً .

ولنا أنه جنين مات بالجناية في بطن أمه فلم يختلف ضمانه بالذكورة والأنوثة كجنين الحرة ودليلهم نقله عليهم فنقول جنين مضمون تلفـ بالجناية فكان الواجب فيه عشر ما يجب في أمه كجنين الحرة وما ذكرناه من مخالفة الأصل معارض بأن مذهبهم يفضي الى تفضيل الآتى على الذكر وهو خلاف الأصول ولأنه لو اعتبر بنفسه لوجب قيمته كلها كسائر المضمونات بالقيمة ، ولأن مخالفتهم أشد من مخالفتنا لأننا اعتبرناه إذا كان ميتا بأمه وإذا كان حيا بنفسه فجاز أن تزيد قيمة الميت على الحي مع اختلاف الجهتين كما جاز أن يزيد البعض على الكل في أن من قطع أطراف إنسان الأربعة كان الواجب عليه أكثر من دية النفس كلها وهم فضلوا الآتى على الذكر مع اتحاد الجهة وأوجبوا فيها يضمن بالقيمة عشر قيمته تارة ونصف عشرها أخرى وهذا لا نظير له .

إذا ثبت هذا فإن قيمة أمه معتبرة يوم الجناية عليها وهذا منصوص الشافعي وقال بعض أصحابه تقوم حين أسقطت لان الاعتبار في ضمان الجناية بالاستقرار ويتخرج لنا وجه كذلك .

ولنا أنه لم يتخلل بين الجناية وحال الاستقرار ما يوجب تغيير بدل النفس فكان الاعتبار بحال الجناية كما لو جرح عبداً ثم نقصت السوق لكثرة الجلب ثم مات فإن الاعتبار بقيمته يوم الجناية ولأن قيمتها تتغير بالجناية وتنقص فلم تقوم في حال نقصها الحاصل بالجناية كما لو قطع يدها فماتت من سرايتها أو قطع يدها فمضت بذلك ثم اندملت جراحتها .

(فصل) وولد المدبرة والمكاتب والمعتقه بصفته وأم الولد إذا حملت من غير مولاهما حكمه حكم ولد الأمه لانه مملوك ولا تحمل العاقله شيئا من ذلك لان العاقله لا تحمل عبداً بحال ، فأما جنين المعتق بعضها فهو كهي فيه من الحرية مثل ما فيها فإذا كان نصفها حراً فنصفه حر فيه نصف غرة لورثته وفي النصف الباقي نصف عشر قيمته أمه لسيده .

(فصل) وان وطئ أمة بشبهة أو غر بأمه فتزوجها وأحبها فضر بها ضارب فألقت جنينا فهو حر وفيه غرة موروثه عنه لورثته وعلى الواطئ عشر قيمتها لسيدها لانه لولا اعتقاد الحرية لكان هذا الجنين مملوكا لسيده على ضاربه عشر قيمة أمه فلما

انعتق بسبب الوطء فقد حال بين سيدها وبين هذا القدر فالزمناء ذلك للسيد سواء كان بقدر الغرة أو أكثر منها أو أقل .

(فصل) اذا سقط جنين ذمية قد وطئها مسلم وذمى في طهر واحد وجب فيه اليقين وهو ما في جنين الذمى ، فإن الحق بعد ذلك بالذمى فقد وفى ما عليه ، وإن ألحق بمسلم فعليه تمام الغرة ، وإن ضرب بطن نصرانية فأسقطت وادعت أو ادعى ورثته أنه من مسلم حملت به من وطء شبهة أو زنا فاعترف الجاني فعليه غرة كاملة وإن كان مما تحمله العاقلة فاعترف أيضاً فالغرة عليها ، وإن أنكرت حلفت وعليها ما في جنين الذميين والباقي على الجاني لأنه ثبت باعترافه والعاقلة لا تحمل اعترافاً وإن اعترفت العاقلة دون الجاني فالغرة عليها مع دية أمه ، وإن أنكر الجاني والعاقلة فالقول قولهم مع إيمانهم أننا لا نعلم أن هذا الجنين من مسلم ولا تلزمهم التمين على البت لأنها يمين على النفي في فعل الغير ، فإذا حلفوا وجبت دية ذمى ، لأن الأصل أن ولدها تابع لها ولأن الأصل برائة الذمة ، وإن كان مما لا تحمله العاقلة فالقول قول الجاني وحده مع يمينه ، ولو كانت النصرانية امرأة مسلم فادعى الجاني أن الجنين من ذمى بوطء شبهة أو زنا فالقول قول ورثة الجنين ، لأن الجنين محكوم بإسلامه فإن الولد للفراس .

(فصل)

وإذا كانت الأمة بين شريكين لحملت بمملوك فضربها أحدها فأسقطت فعليه كفارة لأنه أتلف آدمياً ويضمن لشريكه نصف عشر قيمة أمه ويسقط ضمان نصيبه لأنه ملكه وإن أعتقها الضارب بعد ضربها وكان معسراً ثم أسقطت عتق نصيبه منها ومن ولدها وعليه لشريكه نصف عشر قيمة الأم وعليه نصف غرة من أجل النصف الذى صار حراً يورث عنه بمنزلة مال الجنين ترث أمه منه بقدر ما فيها من الحرية

والباقي لباقي ورثته ، هذا قول القاضى وقياس قول أبى بكر وأبى الخطاب لا يجب على الضارب ضمان ما أعتقه لأنه حين الجناية لم يكن مضموناً عليه والاعتبار فى الضمان بحال الجناية وهى الضرب ولهذا اعتبرنا قيمة الأم حال الضرب وهذا قول بعض أصحاب الشافعى وهذا أصح إن شاء الله لأن الاتلاف حصل بفعل غير

مضمون فأشبهه ما لو جرح حريباً فأسلم ثم مات بالسراية ، ولأن موته يحتمل أن يكون قد حصل بالضرب فلا يتجدد ضمانه بعد موته ، والأصل برامة ذمته ، وإن كان المعتق موسراً سرى العتق إليها وإلى جنينها وفي الضمان الوجهان ، فعلى قول القاضى فى الجنين غرة موروثة عنه ، وعلى قياس قول أبى بكر عليه ضمان نصيب شريكه من الجنين بنصف عشر قيمة أمه ولا يضمن أمه لأنه قد ضمنها باعتاقها فلا يضمنها بتلفها ، وإن كان المعتق الشريك الذى لم يضرب وكان معسراً فلا ضمان على الشريك فى نصيبه لأن العتق لم يسر إليه وعليه فى نصيب شريكه من الجنين نصف غرة يرثها ورثته على قول القاضى ، وعلى قياس قول أبى بكر يضمن نصيب شريكه بنصف عشر قيمة أمه يكون لسيدته اعتباراً بحال الجناية ، وكذلك الحكم فى ضمان الأم إذا ماتت من الضربة ، وإن كان المعتق موسراً سرى العتق إليهما وصاراً حريين وعلى المعتق ضمان نصف الأم ، ولا يضمن نصف الجنين لأنه يدخل فى ضمان الأم كما يدخل فى بيعها ، وعلى الضارب ضمان الجنين بغرة موروثة عنه على قول القاضى ، وعلى قياس قول أبى بكر يضمن نصيب الشريك بنصف عشر قيمة أمه وليس عليه ضمان نصيبه لأنه ملكه حال الجناية عليه .

وأما ضمان الأم فى أحد الوجهين فيها دية حرة لسيدتها منها أقل الأمرين من ديتها أو قيمتها ، وعلى الآخر يضمنها بقيمتها لسيدتها ، كما تقدم من قطع يد عبد ثم أعتق ومات .

(فصل)

ولو ضرب بطن أمته ثم أعتقها ثم أسقطت جنيناً ميتاً لم يضمنه فى قياس قول أبى بكر لأن جنائته لم تكن مضمونة فى ابتدائها فلم يضمن سرايتها ، كما لو جرح مرتداً فأسلم ثم مات ، ولأن موت الجنين يحتمل أنه حصل بالضربة فى ملكه ولم يتجدد بعد العتق ما يوجب الضمان ، وعلى قول ابن حامد عليه غرة لا يرث منها شيئاً لأن اعتبار الجناية بحال استقرارها ، ولو كانت الأمة لشريكين فضرباها ثم أعتقاها معاً فوضعت جنيناً ميتاً فعلى قول أبى بكر على كل واحد منهما نصف عشر قيمة أمه لشريكه ؛ لأن كل واحد منهما جنى على الجنين ونصفه له فسقط عنه ضمانه ولزم ضمان نصفه الذى لشريكه بنصف عشر قيمة أمه اعتباراً

بحال الجناية ، وعلى قول ابن حامد على كل واحد منها نصف الغرة للأم منها الثلث وبقيةها للورثة ولا يرث القاتل منها شيئا .

(فصل) إذا ضرب ابن المعتقة الذي أبوه عبد بطن امرأة ثم أعتق أبوه ثم أسقطت جنينا وماتت احتمل أن تكون ديتها في مال الجاني على ما تقدم ذكره واحتمل أن تكون الدية على مولى الأم وعصباته في قياس قول أبي بكر اعتبارا بحال الجناية . وعلى قياس قول ابن حامد على مولى الأب وأقاربه اعتبارا بحال الاسقاط ، وإن ضرب ذمي بطن امرأته الذمية ثم أسلم ثم أسقطت لم تحمله عاقلة وإن ماتت معه فكذلك لأن عاقلة المسلمين لا يعقلون عنه ، لأنه كان حين الجناية ذميا وأهل الذمة لا يعقلون عنه ، لأنه حين الاسقاط مسلم ، ويحتمل أن يكون عقله في قياس قول أبي بكر على عاقلة من أهل الذمة اعتبارا بحال الجناية ويكون في الجنين ما يجب في الجنين الكافر ؛ لأنه حين الجناية محكوم بكفره ، وعلى قياس قول ابن حامد يجب فيه غرة كاملة ، ويكون عقله وعقل أمه على عاقلة المسلمين اعتبارا بحال الاستقرار .

مسألة ، قال (وإن ضرب بطنها فالقت جنينا حيا ثم مات من الضربة ففيه دية حر إن كان حرا أو قيمته إن كان مملوكا إذا كان سقوطه لوقت يعيش لمثله ، وهو أن يكون لسته أشهر فصاعدا)

هذا قول عامة أهل العلم . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الجنين يسقط حيا من الضرب دية كاملة ، منهم زيد بن ثابت وعروة والزهرى والشعبي وقتادة وابن شبرمة ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وذلك لأنه مات من جنايته بعد ولادته في وقت يعيش لمثله فأشبه قتله بعد وضعه ، وفي هذه المسألة ثلاثة فصول :

أحدها أنه إذا تضمن بالدية إذا وضعته حيا ، ومتى علمت حياته ثبت له هذا الحكم ، سواء ثبتت باستهلاله أو ارتضاعه أو بنفسه أو عطاسه أو غيره من الامارات التي تعلم بها حياته ، هذا ظاهر قول الخرقى وهو مذهب الشافعي . وروى عن أحمد أنه لا يثبت له حكم الحياة إلا بالاستهلال ، وهذا قول الزهرى

وقتادة ومالك وإسحاق ، وروى معنى ذلك عن عمر رضى الله عنه وابن عباس والحسن بن علي وجابر رضى الله عنهم لقول النبي صلى الله عليه وسلم : إذا استهل المولود ورث وورث ، مفهومه أنه لا يرث إذا لم يستهل ، والاستهلال الصياح ، قاله ابن عباس والقاسم والنخعي ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ما من مولود يولد إلا مسه الشيطان فيستهل صارخا ، إلا مريم وابنها ، فلا يجوز غير ما قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم : والأصل في تسميه الصياح استهلالا أن من عادة الناس أنهم إذا رأوا الهلال صاحوا وأراه بعضهم بعضا ، فسمى صياح المولود استهلالا لأنه في ظهوره بعد خفائه كالهلال وصياحه كصياح من يترأه .

ولنا أنه علمت حياته فأشبهه المستهل ، والخبر يدل بمعناه وتنبيهه على ثبوت الحكم في سائر الصور لأن شربه اللبن أدل على حياته من صياحه وعطاسه صوت منه كصياحه ، وأما الحركة والاختلاج المنفرد فلا يثبت به حكم الحياة لأنه قد يتحرك بالاختلاج وسبب آخر وهو خروجه من مضيق ، فإن اللحم يختلج سببا إذا عصر ثم ترك فلم تثبت بذلك حياته .

الفصل الثاني : أنه إنما يجب ضمانه إذا علم موته بسبب الضربة ويحصل ذلك بسقوطه في الحال وموته متأما إلى أن يموت أو بقاء أمه متأما إلى أن تسقطه ، فيعلم بذلك موته بالجناية ، كما لو ضرب رجلا فمات عقيب ضربه أو بقي ضمنا حتى مات ، وإن ألقته حيا فجاء آخر فقتله وكان فيه حياة مستقرة فعلى الثاني القصاص إذا كان عمداً أو الدية كاملة . وإن لم يكن فيه حياة مستقرة بل كانت حركته كحركة المذبوح فالقاتل هو الأول وعليه الدية كاملة وعلى الثاني الأدب ، وإن وقع الجنين حياً ثم بقي زمناً سالماً لا ألم به لم يضمته الضارب ، لأن الظاهر أنه لم يمت من جنايته .

الفصل الثالث : أن الدية الكاملة إنما تجب فيه إذا كان سقوطه لسته أشهر فصاعداً ، فإن كان لدون ذلك ففيه غرة ، كما لو سقط متأماً ، وهذا قال المزني . وقال الشافعي فيه دية كاملة لا تنال علينا حياته ، وقد تلف من جنايته .

ولنا . أنه لم تعلم فيه حياة يتصور بقاؤه بها فلم تجب فيه ديه ، كما لو ألقته ميتا
وكالمذبوح ، وقولهم إنا علمنا حياته ، قلنا وإذا سقط ميتا وله ستة أشهر فقد علمنا
حياته أيضا .

(فصل) وإذا ادعت امرأة على انسان انه ضربها فأسقطت جنينها فأنكر
الضرب فالقول قوله مع يمينه ، لأن الاصل عدم الضرب ، وان أقر بالضرب او
قامت به بينة وأنكر ان تكون اسقطت فالقول قوله أيضا مع يمينه ؛ لأنه لا يعلم
انها اسقطت ولا تلزمه اليمين على البت لأنها يمين على فعل الغير والاصل عدمه ،
وان ثبت الاسقاط والضرب بينة أو اقرار فادعى أنها أسقطته من غير ضربه نظرنا
فإن كانت اسقطت عقيب ضربه فالقول قولها ، لان الظاهر أنه منه لوجوده عقيب
شيء يصلح أن يكون سبباً له ، وان ادعى أنها ضربت نفسها او شربت دواء او
فعل ذلك غيرها فحصل الاسقاط به فأنكرته فالقول قولها مع يمينها ، لان
الاصل عدم ذلك

وان أسقطت بعد الضرب بأيام نظرنا فإن كانت متألماً إلى حين الاسقاط
فالقول قولها ، وان لم تكن متألماً فالقول قوله مع يمينه كما لو ضرب إنسانا فلم
يبق متألماً ولا ضمنا ومات بعد أيام ، وان اختلفا في وجود التألم فالقول قوله لان
الاصل عدمه وان كانت متألماً في بعض المدة فادعى أنها برئت وزال ألمها وأنكرت
ذلك فالقول قولها ، لان الاصل بقاؤه

وان ثبت إسقاطها من الضربة فادعت سقوطه حيا وأنكرها فالقول قوله مع
يمينه الا ان تقوم لها بينة باستهلاله ، لان الاصل عدم ذلك ، وان ثبتت حياته
فادعت أنه لوقت يعيش مثله وأنكرها فالقول قولها مع يمينها ، لان ذلك لا يعرف
إلا من جهتها ولا يمكن إقامة البينة عليه فقبل قولها فيه كاتقضاء عدتها ووجود
حيضها وطهرها ، وان أقامت بينة باستهلاله وأقام الجاني بينة بعدم استهلاله قدمت
بينتها لأنها مثبتة فتقدم على النافية لان المثبتة معها زيادة علم ، وان ادعت أنه مات
عقيب إسقاطه وادعى أنه عاش مدة فالقول قولها ، لان الاصل عدم حياته ، وان
أقام كل واحد منهما بينة بدعواه قدمت بينة الجاني لان معها زيادة علم . وان ثبت
أنه عاش مدة فادعت أنه بقي متألماً حتى مات وأنكر ذلك فالقول قوله لان الاصل

عدم التألم ، وإن أقاما بينتين قدمت بينتهما لأن معها زيادة علم . ويقبل في استهلال الجنين وسقوطه وبقائه متألما وبقائه أمه متألمة قول امرأة واحدة لأنه مما لا يطلع عليه الرجال ، فإن الغالب أنه لا يشهد الولادة إلا النساء والاستهلال يتصل بها وهن يشهدن حال المرأة وولادتها وحال الطفل ويعرفن علله وأمراضه وقوته وضعفه دون الرجال ، وإن اعترف الجاني باستهلاله أو ما يوجب فيه دية كاملة لم تحمله العاقلة وكانت الدية في مال الجاني لأن العاقلة لا تحمل اعترافا ، وإن كان مما تحمل العاقلة فيه الغرة فعلى العاقلة غرة وباقي الدية في مال القاتل

(فصل) وإن انفصل منها جنينان ذكر وأنثى فاستهل أحدهما واتفقوا على ذلك واختلفوا في المستهل فقال الجاني هو الانثى وقال وارث الجنين هو الذكر فالقول قول الجاني مع يمينه ، لأن الأصل عدم الاستهلال من الذكر وبرائة ذمته من الزائد على دية الانثى ، فإن كان لأحدهما يمينه قدم بها ، وإن كان لكل واحد منهما يمينه وجبت دية الذكر لأن اليمينه قد قامت باستهلاله واليمينه المعارضة لها نافية له والاثبات مقدم على النفي ، فإن قيل فينبغي أن تجب دية الذكر والانثى ، قلنا لا تجب دية الانثى لأن المستحق لها لم يدعها وهو مكذب لليمينه الشاهدة بها ، وإن ادعى الاستهلال منهما ثبت ذلك بالبينتين ، وإن لم تكن يمينه فاعترف الجاني باستهلال الذكر فأنكرت العاقلة فالقول قولهم مع أيمانهم ، فإذا حلفوا كانت عليهم دية الانثى وغرة إن كانت تحمل الغرة وعلى الضارب تمام دية الذكر وهو نصف الدية لا تحمله العاقلة ، لأنه ثبت باعترافه

وإن اتفقوا على أن أحدهما استهل ولم يعرف بعينه لزم العاقلة دية أنثى لأنها متيقنه ، وتتمام دية الذكر مشكوك فيه ، والأصل برائة الذمه منه فلم يجب بالشك ويجب الغرة في الذي لم يستهل

(فصل) إذا ضربها فألقت يدا ثم ألقت جنينا فإن كان إلقاؤهما متتاربا أو بقيت المرأة متألمة إلى أن ألقت دخلت اليد في ضمان الجنين ، لأن الظاهر أن الضرب قطع يده وسرى إلى نفسه ، فأشبه ما لو قطع يد رجل وسرى القطع إلى نفسه ثم إن كان الجنين سقط ميتا أو حيا لا يعيش لمثله ففيه غرة ، وإن ألقت حيا لوقت يعيش لمثله ففيه دية كاملة وإن بقي حيا فلم يمت فعلى الضارب ضمان اليد بديتها

بمنزلة من قطع يد رجل فاندملت ، وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي : يسأل القوابل فإن قلن أنها يد من لم تخلق فيه الحياة ففيها نصف الغرة ، وإن قلنا يد من خلقت فيه الحياة ففيها نصف الدية .

ولنا أن الجنين إنما يتصور بقاء الحياة فيه إذا كان حياً قبل ولادته بمدة طويلة أقلها شهران على ما دل عليه حديث الصادق المصدوق ، في أنه تنفخ فيه الروح بعد أربعة أشهر ، وأقل ما يبقى بعد ذلك شهران لأنه لا يحیی إذا وضعت لا قبل من ستة أشهر ، والكلام مفروض فيما إذا لم يتخلل بين الضربة والإسقاط مدة تزيد على سقوطة بها فيعلم حينئذ أنها كانت بعد وجود الحياة فيه . وأما إن ألفت اليد وزال الالم ثم ألفت الجنين ضمن اليد وحدها بمنزلة من قطع يدا فاندملت ثم مات صاحبها ، ثم تنظر فإن ألقته ميتاً أو لوقت لا يعيش مثله ، ففي اليد نصف غرة لأن في جميعه غرة ففي يده نصف دية ، وإد ألقته حياً لوقت يعيش لمثله ثم مات أو عاش وكان بين القاء اليد وبين القائه مدة يحتمل أن تكون الحياة لم تخلق فيها أرى القوابل ههنا فإن قلن أنها يد من لم تخلق فيها الحياة وجب نصف غرة ، وإن قلن أنها يد من خلقت فيه الحياة ومضى له ستة أشهر ففيه نصف الدية ، وإن قبل أنها يد من خلقت فيه الحياة ولم تمض له ستة أشهر وجب فيه نصف غرة لأنها يد من لا يجب فيه أكثر من غرة فأشبهت يد من لم ينفخ فيه روح ، وإن أشكل الأمر عليهن وجب نصف الغرة لأنه اليقين ، وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك .

مسألة ، قال (وعلى كل من ضرب عن ذكر عتق رقبة مؤمنة سواء كان الجنين حياً أو ميتاً)

هذا قول أكثر أهل العلم ، منهم الحسن وعطاء والزهرى والحكم ومالك والشافعي وإسحاق . قال ابن المنذر : كل من نحفظ عنه من أهل العلم أوجب على ضارب بطن المرأة تلقى جنيناً الرقبة مع الغرة : وروى ذلك عن عمر رضي الله عنه . وقال أبو حنيفة : لا تجب الكفارة لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يوجب الكفارة حين أوجب الغرة .

ولنا قول الله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) وقال (وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة) وهذا الجنين إن كان من مؤمنين أو أحد أبويه فهو محكوم بإيمانه تبعاً ليرثه ورثته المؤمنين ولا يرث الكافر منه شيئاً .

وان كان من أهل الذمة فهو من قوم بيننا وبينهم ميثاق ولأنه نفس مضمون بالدية فوجب فيه الرقبة كالكبير وترك ذكر الكفارة لا يمنع وجوبها كقوله عليه السلام ، في النفس المؤمنة مائة من الإبل ، وذكر الدية في مواضع ولم يذكر الكفارة ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بدية المقتولة على عاقلة القاتلة ولم يذكر كفارة وهي واجبة كذا هنا ، وانما كان كذلك لأن الآية أغنت عن ذكر الكفارة في موضع آخر فاكتمت بها .

وان ألفت المضروبة أجنة ففي كل جنين كفارة كما أن في كل جنين غرة أو دية وان اشترك جماعة في ضرب امرأة فالقت جنيناً فديته أو الغرة عليهم . الحصص وعلى كل واحد منهم كفارة كما إذا قتل جماعة رجلاً واحداً وان ألفت أجنة فدياتهم عليهم بالحصص وعلى كل واحد في كل جنين كفارة فلو ضرب ثلاثة بطن امرأة فالقت ثلاثة أجنة فعليهم تسع كفارات على كل واحد ثلاثة .

مسألة ، قال (واذا شربت الحامل دواء فالقت به جنيناً فعليها غرة لا ترث منها شيئاً وتعق رقبة)

ليس في هذه الجملة اختلاف بين أهل العلم نعلمه إلا ما كان من قول من لم يوجب عتق الرقبة على ما قدمنا وذلك لأنها أسقطت الجنين بفعلها وجنابتها فلزمها ضمانه بالغرة كما لو جن عليه غيرها ولا ترث من الغرة شيئاً لأن القاتل لا يرث الممتول وقد كون الغرة اسائر ورثته وعليها عتق رقبة كما قدمنا ولو كان الجاني المسقط للجنين أباه أو غيره من ورثته فعليه غرة لا يرث منها شيئاً ويعتق رقبة وهذا قول الزهري والشافعي وغيرهما .

فصل (وإن جن على بهيمة فالقت جنينها ففيه ما نقصها في قول عامه أهل العلم ، وحكى عن أبي بكر أن فيه عشر قيمته أمه لأنه جناية على حيوان يملك

بيعه أسقطت جنيته أشبه جنين الأمة وهذا لا يصح لأن الجناية على الأمة تقدر من قيمتها ففي يدها نصف قيمتها ، وفي موضحتها نصف عشر قيمتها يقدر جنينها من قيمتها كبعض أعضائها والبهيمة ، إنما يجب في الجناية عليها قدر نقصها فكذلك في جنينها ولأن الأمة آدمية ألحقت بالاحرار في تقدير أعضائها من ديتها والبهيمة بخلاف ذلك .

« مسألة ، قال (وإذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فرجع الحجر فقتل رجلاً فعلى عاقلة كل واحد منهم ثلث الدية وعلى كل واحد منهم عتق رقبة مؤمنة في ماله)

أما عتق رقبة على كل واحد منهم فلا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم لأن كل واحد منهم مشارك في إتلاف آدمي معصوم والكفارة لا تتبعه فكملت في حق كل واحد منهم ثم لا يخلو من حالين .

أحدهما : أن يقتل واحداً منهم . والثاني : أن يقتل واحداً من غيرهم فعلى كل واحد عتق رقبة كما ذكرنا والدية على عواقلهم أثلاثاً لأن العاقلة تحمل الثلث فما زاد سواء قصدوا رمي واحد بعينه أو رمى جماعه أو لم يقصدوا ذلك إلا أنهم ان لم يقصدوا قتل آدمي معصوم فهو خطأ دية الخطأ وان قصدوا رمي جماعة أو واحد بعينه فهو شبه عمد لأن قصد الواحد بعينه بالمنجنيق لا يكاد يفضي إلى إتلافه فتسكون ديته مغلظة على العاقلة إلا أنها في ثلاث سنين وعلى قول أبي بكر لا تحمل العاقلة دية شبه العمد فلا تحمله ههنا .

الثاني : أن يصيب رجلاً منهم فعلى كل واحد كفارة أيضاً ولا تسقط عن أصابه الحجر لأنه شارك في قتل نفس مؤمنة والكفارة إنما تجب لحق الله تعالى فوجبت عليه بالمشاركة في نفسه كوجوبها بالمشاركة في قتل غيره : وأما الدية ففيها ثلاثة أوجه .

أحدها : أن على عاقلة كل واحد منهم ثلث دية لورثة المقتول لأن كل واحد منهم مشارك في قتل نفس مؤمنة خطأ فلزمته ديتها كالأجانب وهذا ينبنى على إحدى الروايتين في أن جناية المرء على نفسه أو أهله خطأ يحمل عقلمها عاقلته .

الوجه الثاني : ما قابل فعل المقتول ساقط لا يضمه أحد لأنه شارك في إتلاف

حقه فلم يضمن ما قابل فعله كما لو شارك في قتل بهيمته أو عبده وهذا الذي ذكره القاضى فى المجرى ولم يذكر غيره وهو مذهب الشافعى .

الثالث : أن يلغى فعل المقتول فى نفسه وتجب ديته بكاملها على عاقلة الآخرين نصفين : قال أبو الخطاب هذا قياس المذهب بناء على مسألة المتصادمين ، والذي ذكره القاضى أحسن وأصح فى النظر ، وقد روى نحوه عن على رضى الله عنه فى مسألة القارضة والنامضة والواقصة .

قال الشعبي : وذلك أن ثلاث جوار اجتمعن فارتفعت إحداهن على عنق أخرى وقرصت الثالثة المركوبة فقمصت فسقطت الراكية فوقصت عنقها فماتت فرفع ذلك الى على رضى الله عنه فقضى بالديه أثلاثاً على عواقلهن وألغى الثلث الذى قابل فعل الواقصة لأنها أعانت على قتل نفسها .

وهذه شبيهة بمسألتنا ولأن المقتول مشارك فى القتل فلم تكمل الدية على شريكه كما لو قتلوا واحداً من غيرهم ، وإن رجع الحجر فقتل اثنين من الرماة فعلى الوجه الأول يجب ديتهم على عواقلهما أثلاثاً وعلى كل واحد كفارتان : وعلى الوجه الثانى يجب على عاقلة الحى منهم لكل ميت ثلث دية وعلى عاقلة كل واحد من الميتين ثلث دية صاحبه ويلغى فعله فى نفسه ، وعلى الوجه الثالث على عاقلة الحى لكل واحد من الميتين نصف الدية ويجب على عاقلة كل واحد من الميتين نصف الدية لصاحبه .

مسألة ، قال (وإن كانوا أكثر من ثلاثة فالديه حالة فى أموالهم)

هذا هو الصحيح فى المذهب سواء كان المقتول منهم أو من غيرهم إلا أنه إذا كان منهم يكون فعل المقتول فى نفسه هدرأ لأنه لا يجب عليه لنفسه شيء ويكون باقى الدية فى أموال شركائه حالاً لأن التأجيل فى الديات إنما يكون فيما تحمله العاقلة وهذا لا تحمله العاقلة لأنها لا تحمل ما دون الثلث والقدر اللازم لكل واحد دون الثلث .

وذكر أبو بكر فيها رواية أخرى أن العاقلة تحمّلها ، لأن الجنابة فعل واحد أوجب دية تزيد على الثلث ، والصحيح هو الأول لأن كل واحد منهم يختص

بوجوب فعله دون فعل شركائه وحمل العاقله انما شرع للتخفيف عن الجاني فيما يشق ويثقل وما دون الثلث يسير على ما أسلفناه والذي يلزم كل واحد أقل من الثلث وأما قوله انه فعل واحد ، قلنا بل هي أفعال ، لان فعل كل واحد غير فعل الآخر وانما موجب الجميع واحد فأشبهه ما لو جرحه كل واحد جرحا فأتت النفس بجميعها إذا ثبت هذا فالضمان يتعلق بمن مد الحبال ورعى الحجر دون من وضعه في الكفة وأمسك الخشبة اعتباراً بالمباشر كمن وضع سهماً في قوس رجل ورماه صاحب القوس فالضمان على الرامي دون الواضع .

(فصل) إذا سقط رجل في بئر فسقط عليه آخر فقتله فعليه ضمانه لانه قتله فضمنه كما لو رمى عليه حجراً ثم ينظر فان كان عمد رمى نفسه عليه وهو مما يقتل غالباً فعليه القصاص وان كان مما لا يقتل غالباً فهو شبه عمد ، وان وقع خطأ فإليه على عاقلة مخففه ، وان مات الثاني بوقوعه على الاول فدمه هدر لانه مات بفعله وقد روى على بن رباح الأحمي أن رجلاً كان يقود أعمى فوقع في بئر : خر البصير ووقع الأعمى فوق البصير فقتله فقضى عمر بعقل البصير على الأعمى فكان الأعمى ينشد في الموسم :

يا أيها الناس لقيت منكراً هل يعقل الأعمى الصحيح المبصر ؟
خرا معاً كلاهما تكسرا

وهذا قول ابن الزبير وشريح والنخعي والشافعي وإسحاق ، ولو قال قائل ليس على الأعمى ضمان البصير لانه الذي قاده الى المكان الذي وقع فيه وكان سبب وقوعه عليه ولذلك لو فعله قصداً لم يضمنه بغير خلاف وكان عليه ضمان الأعمى ولو لم يكن سبباً لم يلزمه ضمان بقصده لكان له وجه الا أن يكون مجعماً عليه فلا تجوز مخالفة الإجماع ، ويحتمل أنه انما لم يجب الضمان على القائد لوجهين . أحدهما : أنه ماذون فيه من جهة الأعمى فلم يضمن ما تلف به كما لو حفر له بئراً في داره بإذنه فتلف بها .

الثاني : أنه فعل مندوب اليه مأمور به فأشبهه ما لو حفر بئراً في سابلة ينتفع بها المسلمين فإنه لا يضمن ما تلف بها .

(فصل : فإن سقط رجل في بئر فتعلق بآخر فوقعا معا فدم الاول هدر لانه مات من فعله وعلى عاقلة دية الثاني ان مات لانه قتله بجذبه ، فان تعلق الثاني بثالث فماتوا جميعا فلا شيء على الثالث وعلى عاقلة الثاني دية في أحد الوجهين لانه جذبه وباشره بالجذب ، والمباشرة تقطع حكم السبب كالحافر مع الدافع . والثاني دية على عاقلة الاول والثاني نصفين ، لان الاول جذب الثاني الجاذب للثالث فصار مشاركا للثاني في اتلافه

ودية الثاني على عاقلة الاول في أحد الوجهين لانه هلك بجذبه وان هلك بسقوط الثالث عليه فهد هلك بجذبه الاول وجذبه نفسه للثالث فسقط فعل نفسه كالمصطدمين وتجب دية بكاملها على الاول ذكره القاضي

والوجه الثاني : يجب على الاول نصف دية ويهدر نصفها في مقابلة فعل نفسه وهذا مذهب الشافعي ، ويتخرج وجه ثالث وهو وجوب نصف دية على عاقلة لورثته كما قلنا فيما اذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فقتل الحجر أحدهم وأما الاول اذا مات بوقوعهما عليه ففيه الوجه الثلاثة لانه مات من جذبه وجذبه الثاني للثالث فتجب دية كلهما على عاقلة الثاني ويلغى فعل نفسه على الوجه الاول وعلى الثاني يهدر نصف دية المقابل لفعل نفسه ويجب نصفها على الثاني : وعلى الثالث يجب نصفها على عاقلة لورثته ، وان جذب الثالث رابعاً فمات جميعهم بوقوع بعضهم على بعض فلا شيء على الرابع لانه لم يفعل شيئاً في نفسه ولا غيره ، وفي دية وجهان .

أحدهما : أنها على عاقلة الثالث المباشر لجذبه .

والثاني : على عاقلة الاول والثاني والثالث لانه مات من جذب الثلاثة فكانت دية على عاقلهم ، وأما الاول فقد مات بجذبه وجذبه الثاني وجذبه الثالث ففيه ثلاثة أوجه . أحدها : أنه يلغى فعل نفسه وتجب دية على عاقلة الثاني والثالث نصفين . الثاني : يجب على عاقلتهما ثلثاها ويسقط ما قابل فعل نفسه . الثالث : يجب ثلثها على عاقلة لورثته ، وأما الجاذب الثاني فقد مات بالافعال الثلاثة وفيه هذه الأوجه المذكورة في الأول سواء : وأما الثالث ففيه مثل هذه الأوجه الثلاثة ووجهان آخران .

أحدهما أن ديته بكاملها على الثاني لأنه المباشر لجذبه فسقط فعل غيره بفعله .
والثاني أن على عاقلته نصفها ويسقط النصف الثاني في مقابلة فعله في نفسه
(فصل) وإن وقع بعضهم على بعض فماتوا نظرت فإن كان موتهم بغير
وقوع بعضهم على بعض مثل أن يكون البئر عميقاً يموت الواقع فيه بنفس الوقوع
أو كان فيه ماء يغرق الواقع فيقتله أو أسد يأكلهم فليس على بعضهم ضمان بعض
لعدم تأثير فعل بعضهم في هلاك بعض ، وإن شككنا في ذلك لم يضمن بعضهم
بعضاً لأن الأصل براءة الذمة فلا نشغلها بالشك ، وإن كان موتهم بوقوع بعضهم
على بعض فدم الرابع هدر لأن غيره لم يفعل فيه شيئاً وإنما هلك بفعله وعليه دية
الثالث لأنه قتله بوقوعه عليه ، ودية الثاني عليه وعلى الثالث نصفين ودية الأول
على الثلاثة أثلاثاً .

(فصل) وإن هلكوا بأمر في البئر ، مثل أسد كان فيه وكان الأول جذب الثاني
والثاني جذب الثالث ، والثالث جذب الرابع ، فقتلهم الأسد فلا شيء على الرابع
وديته على عاقلة الثالث في أحد الوجهين ، وفي الثاني على عاقل الثلاثة أثلاثاً ،
ودم الأول هدر وعلى عاقلته دية الثاني ، وأما دية الثالث فعلى الثاني في أحد
الوجهين وفي الآخر على الأول والثاني نصفين ، وهذه المسألة تسمى مسألة الزبية ،
وقد روى حنش الصنعاني أن قوماً من أهل اليمن حفروا زبية للأسد فاجتمع الناس
على رأسها فهوى فيها واحد فجذب ثانياً فجذب الثاني ثالثاً ثم جذب الثالث رابعاً
فقتلهم الأسد فرفع ذلك إلى علي رضي الله عنه ، فقال للأول ربع الدية لأنه هلك
فوقه ثلاثة وللثاني ثلث الدية لأنه هلك فوقه اثنان وللثالث نصف الدية لأنه هلك
فوقه واحد وللرابع كمال الدية وقال : فإني أجعل الدية على من حضر رأس البئر ،
فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : هو كما قال ، رواه سعيد بن منصور
قال : حدثنا أبو عوانة وأبو الأحوص عن سماك بن حرب عن حنش بنحو
هذا المعنى . قال أبو الخطاب : فذهب أحمد إلى ذلك توقيفاً على خلاف القياس
والقياس ما ذكرناه .

(فصل) ويجب الضمان بالسبب كما يجب بالمباشرة فإذا حفر بئراً في طريق
غير مصلحة المسلمين أو في ملك غيره بغير اذنه أو وضع في ذلك حجراً أو حديدة

أو صب فيه ماء أو وضع فيه قشر بطيخ أو نحوه وهلك فيه إنسان أو دابة ضمنه لأنه تلف — بعدوانه فضمنه كما لو جنى عليه . روى عن شريح أنه ضمن رجلا حفر بئرا فوق فيها رجل فمات . وروى ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال النخعي والشعبي وحامد والثوري والشافعي وإسحاق .

وإن وضع رجل حجرا وحفر آخر بئرا أو نصب سكيناً فعثر بالحجر فوقع في البئر أو على السكين فهلك فالضمان على واضع الحجر دون الحافر وناصب السكين ، لأن واضع الحجر كالدافع له ، وإذا اجتمع الحافر والدافع فالضمان على الدافع وحده ، وبهذا قال الشافعي .

ولو وضع رجل حجرا ثم حفر عنده آخر بئرا أو نصب سكيناً فعثر بالحجر فسقط عليهما فهلك أحتمل أن يكون الحكم كذلك لما ذكرنا ، واحتمل أن يضمن الحافر وناصب السكين لأن فعلهما متأخر عن فعله فأشبه ما لو كان زق فيه مائع وهو واقف — فخل وكأه إنسان وأماله آخر فسال ما فيه كان الضمان على الآخر منهما وإن وضع إنسان حجرا أو حديدة في ملكه ، أو حفر فيه بئرا فدخل إنسان بغير إذنه فهلك به فلا ضمان على المالك لأنه لم يتعد وإنما الداخل هلك بعدوان نفسه وإن وضع حجرا في ملكه ونصب أجني فيه سكيناً ، أو حفر بئرا بغير إذنه فعثر رجل بالحجر فوقع على السكين أو في البئر فالضمان على الحافر وناصب السكين لتعديهما إذا لم يتعلق الضمان بواضع الحجر لانتفاء عدوانه .

وإن اشترك جماعة في عدوان تلف — به شيء فالضمان عليهم ، وإن وضع اثنان حجرا وواحد حجرا فعثر بهما إنسان فهلك فالدية على عواقلمهم أثلاثا في قياس المذهب وهو قول أبي يوسف ، لأن السبب حصل من الثلاثة أثلاثا فوجب الضمان عليهم ، وإن اختلفت أفعالهم كما لو جرحه واحد جرحين وجرحه اثنان جرحين فمات بهما .

وقال زفر : على الاثنين النصف — وعلى واضع الحجر وحده النصف — لأن فعله مساو لفعلهما ، وإن حفر إنسان بئرا ونصب آخر فيها سكيناً فوقع إنسان في البئر على السكين فمات ، فقال ابن حامد الضمان على الحافر لأنه بمنزلة الدافع ، وهذا قياس

المسائل التي قبلها ، ونص أحمد رحمه الله على أن الضمان عليهما . قال أبو بكر : لأنها في معنى الممسك ، والقاتل الحافر كالممسك وناسب السكين كالقاتل فيخرج من هذا أن يجب الضمان على جميع المتسببين في المسائل السابقة

(فصل) وإن حفر بشرا في ملك نفسه أو في ملك غيره بإذنه فلا ضمان عليه لأنه غير متعدد بحفرها ، وإن حفرها في موات لم يضمن لأنه غير متعدد بحفرها وكذلك إن وضع حجرا أو نصب شركا أو شبكة أو منجلا ليصيد بها ، وإن فعل شيئا من ذلك في طريق ضيق فعليه ضمان من هلك به لأنه متعدد ، وسواء أذن له الإمام فيه أو لم يأذن فإنه ليس للإمام الاذن فيما يضر بالمسلمين ، ولو فعل ذلك الإمام ضمن ما تلف به لتعديده ، وإن كان الطريق واسعا لحفر في مكان منها ما يضر بالمسلمين فعليه الضمان كذلك ، وإن حفر في موضع لا ضرر فيه نظرنا فإن حفرها لنفسه ضمن ما تلف بها سواء حفرها بإذن الإمام أو غير اذنه . وقال أصحاب الشافعي : إن حفرها بإذن الإمام لم يضمن لأن للإمام أن يأذن في الانتفاع بما لا ضرر فيه بدليل أنه يجوز أن يأذن في القعود فيه ويقطعه لمن يبيع فيه .

ولنا أنه تلف بحفر حفرة في حق مشترك بغير إذن أهله لغير مصلحتهم فضمن كما لو لم يأذن له الإمام ، ولا نسلم أن للإمام أن يأذن في هذا ، وإنما يأذن في القعود لأن ذلك لا يدوم وتمكن إزالته في الحال فأشبه القعود في المسجد ولأن القعود جائز من غير إذن الإمام بخلاف الحفر ، وإن حفر البشر لنفع المسلمين ، مثل أن يحفره لينزل فيه ماء المطر من الطريق أو لتشرب منه المارة ونحوها فلا ضمان عليه لأنه محسن بفعله غير متعدد بحفره ، فأشبهه بأسط الخصير في المسجد ، وذكر بعض أصحابنا أنه لا يضمن إذا كان يأذن الإمام ، وإن كان بغير اذنه ففيه روايتان : إحداهما لا يضمن فإن أحمد قال في رواية إسحاق بن إبراهيم : إذا أحدث بشرا لماء المطر ففيه نفع للمسلمين أرجو أن لا يضمن .

والثانية . يضمن ، أو ما إليه أحد لأنه إقتات على الإمام ، ولم يذكر القاضي سوى هذه الرواية ، والصحيح هو الأول لأن هذا مما تدعو الحاجة إليه ويشق استئذان الإمام فيه وتعم البلوى به ، ففي وجوب استئذان الإمام فيه تفويت لهذه المصلحة العامة ، لأنه لا يكاد يوجد من يتحمل كلفة استئذانه وكلفة الحفر معاً

فتضيع هذه المصلحة فوجب إسقاط استثنائه كما في سائر المصالح العامة ، من بسط حصير في مسجد أو تعليق قنديل فيه أو وضع سراج أو رم شعث فيه وأشباه ذلك ، وحكم البناء في الطريق حكم الحفر فيها على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف وهو أنه متى بنى بناء يضر إما لكونه في طريق ضيق أو في واسع يضر بالمارة ، أو بنى لنفسه فقد تعدى ويضمن ماتلف به ، وإن بنى في طريق واسع في موضع لا يضر البناء فيه لنفع المسلمين ، كبناء مسجد يحتاج إليه للصلاة فيه في زاوية ونحوها فلا ضمان عليه وسواء في ذلك كله أذن فيه الإمام أو لم يأذن ، ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام في البناء لنفع المسلمين دون الحفر ، لأن الحفر تدعو الحاجة إليه لنفع الطريق وإصلاحها وإزالة الطين والماء منها ، بخلاف البناء لجرى حفرها بجرى تنقيتها وحفر هدفة منها وقلع حجر يضر بالمارة ووضع الحصا في حفرة منها ليملاها ويسهلها بإزالة الطين ونحوه منها وتسقيف ساقية فيها ووضع حجر في طين فيها ليطأ الناس عليه أو يعبروا عليه فهذا كله مباح لا يضمن ماتلف به . لا أعلم فيه خلافا . وكذلك ينبغي أن يكون في بناء القناطر ، ويحتمل أن يعتبر استئذان الإمام لأن مصلحته لا يعم وجودها بخلاف غيره

وإن سقف مسجداً أو فرش بارية فيه أو نصب عليه باباً أو جعل فيه رفا لينفع أهله أو علق فيه قنديلاً أو بنى فيه حائطا فتلف به شيء فلا ضمان عليه وقال أصحاب الشافعي . إن فعل شيئا من ذلك بغير إذن الإمام ضمن في أحد الوجهين ، وقال أبو حنيفة : يضمن إذا لم يأذن فيه الجيران .

ولنا أنه فعل أحسن به ولم يتعد فيه فلم يضمن ماتلف به كما لو أذن فيه الإمام والجيران ، ولأن هذا مأذون فيه من جهة العرف لأن العادة جارية بالتبرع به من غير استئذان فلم يجب ضمان كالمأذون فيه نطقا

(فصل)

وان حفر العبد بئراً في ملك إنسان بغير إذنه أو في طريق يتضرر به ثم أعتقه سيده ثم تلف بها شيء ضمنه العبد وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة الضمان على السيد لأن الجناية هي الحفر في حال رقه وكان ضمان جنايته حيثئذ على سيده فلا يزول ذلك بعتقه كما لو جرح في حال رقه ثم سرى جرحه بعد عتقه

ولنا أن التلف الموجب للضمان وجد بعد إعتاقه فكان الضمان عليه كما لو اشترى سيفاً في حال رقه ثم قتل به بعد عتقه وفارق ما قاسوا عليه ، لأن الاتلاف الموجب للضمان وجد حال رقه . وههنا حصل بعد عتقه ، وكذلك القول في نصب حجر أو غيره من الأسباب التي يجب بها الضمان

(فصل) وإذا حفر انسان بئراً في ملك مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه ضمن ما تلف به جميعه . وهذا قياس مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة : يضمن ما قابل نصيب شريكه فلو كان له شريكان لضمن ثلثي التالف لأنه تعدى في نصيب شريكه

وقال أبو يوسف : عليه نصف الضمان لأنه تلف بجهتين فكان الضمان نصفين كما لو جرحه واحد جرحاً وجرحه آخر جرحين

ولنا أنه متعدد بالحفر فضمن الواقع فيها ، كما لو كان في ملك غيره والشركة أوجبت تعديه بجميع الحفر فكان موجبا لجميع الضمان ، ويبطل ما ذكره أبو يوسف بما لو حفره في طريق مشترك فإن له فيها حقاً ومع ذلك يضمن الجميع ، والحكم فيما إذا أذن له بعض الشركاء في الحفر دون بعض ، كالحكم فيما إذا حفر في ملك مشترك بينه وبين غيره لكونه لا يباح الحفر ولا التصرف حتى يأذن الجميع . (فصل) وإذا حفر بئراً في ملك انسان أو وضع فيه ما يتعلق به الضمان فأبرأه

المالك من ضمان ما يتلف به فقيه وجهان أحدهما : يبرأ ، لأن المالك لو أذن فيه ابتداء لم يضمن ما تلف به ، فإذا أبرأه من الضمان وأذن فيه زال عنه الضمان كما لو اقترن الإذن بالحفر

والآخر لا ينتق عنه الضمان لأنه سبب موجب للضمان فلا يزول حكمه بالأبراء كسائر الأسباب . ولأن حصول الضمان به لكونه تعدى بحفره والأبراء لا يزيل ذلك ، لأن ما مضى لا يمكن تغييره عن الصفه التي وقع عليها ، ولأن وجوب الضمان ليس بحق للمالك الأبراء منه ، كما لو أبرأه غير المالك ، ولأنه أبرأه مما لم يجب فلم يصح كالأبراء من الشفعة قبل البيع

(فصل) وإن استأجر أجيراً لحفر في ملك غيره بغير إذنه وعلم الأجير ذلك فالضمان عليه وحده لأنه متعدد بالحفر وليس له فعل ذلك بأجرة ولا غيرها فتعلق

الضمان به كما لو أمره غيره بالقتل فقتل ، وإن لم يعلم فالضمان على المستأجر لأنه غره فتعلق الضمان به كالأنثى ، وكذلك الحكم في البناء ونحوه ، ولو استأجر أجيراً ليحفر له في ملكه بئراً أو ليبنى له فيها بناء فتلّف الأجير بذلك لم يضمنه المستأجر وبهذا قال عطاء والزهرى وقتادة وأصحاب الرأى ويشبهه مذهب الشافعى لقول النبى صلى الله عليه وسلم « البئر جبار » ، ولأنه لم يتلفه وإنما فعل الأجير باختيار نفسه فعلاً أفضى إلى تلفه فأشبهه ما لو فعله تبرعاً من عند نفسه إلا أن يكون الأجير عبداً استأجره بغير إذن سيده أو صبيّاً بغير إذن وليه فيضمنه لأنه متعد باستعماله متسبب إلى إتلاف حق غيره .

فصل

فإن حفر إنسان في ملكه بئراً فوق فيها إنسان أو دابة فهلك به وكان الداخل دخل بغير إذنه فلا ضمان على الحافر لأنه لا عدوان منه وإن دخل بإذنه والبئر بينة مكشوفة والداخل بصير يبصرها فلا ضمان أيضاً ، لأن الواقع هو الذى أهلك نفسه فأشبهه ما لو قدم إليه سيف فقتل به نفسه ، وإن كان الداخل أعمى أو كانت في ظلمة لا يبصرها الداخل أو غطى رأسها فلم يعلم الداخل بها حتى وقع فيها فعليه ضمانه ، وبهذا قال شريح والشعبي والنخعي وحماد ومالك ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، وقال فى الآخر لا يضمنه لأنه هلك بفعل نفسه

ولأن أنه تلف بسببه فضمنه كما لو قدم له طعاماً مسموماً فأكله وبهذا ينتقض ما ذكره ، وإن اختلفا فقال صاحب الدار : ما أذنت لك فى الدخول وادعى ولى المالك أنه أذن له فالقول قول المالك لأنه منكر ، وإن قال : كانت مكشوفة وقال الآخر : كانت مغطاة فالقول قول ولى الواقع ، لأن الظاهر معه فإن الظاهر أنها لو كانت مكشوفة لم يسقط فيها ، ويحتمل أن القول قول المالك لأن الأصل برامة ذمته فلا تشتغل بالشك ولأن الأصل عدم تغطيتها .

(فصل) وإذا بنى فى ملكه حائطاً مائلاً إلى الطريق أو إلى ملك غيره فتلف به شيء وسقط على شيء فأتلفه ضمنه لأنه متعد بذلك فإنه ليس له الانتفاع بالبناء فى هواء ملك غيره أو هواء مشترك ، ولأنه يعرضه للوقوع على غيره فى غير ملكه

فأشبهه ما لو نصب فيه منجلا يصيد به ، وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافاً وان بناه في ملكه مستويا أو مائلا إلى ملكه فسقط من غير استهدام ولا ميل فلا ضمان على صاحبه فيما تلف به لأنه لم يتعد بينائه ولا حصل منه تفریط بإبقائه وان مال قبل وقوعه إلى ملكه ولم يتجاوز فلا ضمان عليه لأنه بمنزلة بنائه مائلا في ملكه وان مال قبل وقوعه إلى هواء الطريق أو إلى ملك إنسان أو ملك مشترك بينه وبين غيره نظرنا فإن لم يمكنه نقضه فلا ضمان عليه لأنه لم يتعد بينائه ولا فرط في ترك نقضه لعجزه عنه فأشبهه ما لو سقط من غير ميل فإن أمكنه نقضه فلم ينتقضه لم يخل من حالين .

أحدهما : أن يطالب بنقضه .

والثاني : أن لا يطالب به فإن لم يطالب به لم يضمن في المنصوص عن أحمد وهو ظاهر كلام الشافعي ونحوه قال الحسن والنخعي والثوري وأصحاب الرأي . لأنه بناه في ملكه والميل حادث بغير فعله فأشبهه ما لو وقع قبل ميله ، وذكر بعض أصحابنا فيه وجه آخر أن عليه الضمان وهو قول ابن أبي ليلى وأبي ثور وإسحاق لأنه متعد بتركه مائلا فضمن ما تلف به كما لو بناه مائلا إلى ذلك ابتداء ولأنه لو طوالب بنقضه فلم يفعل ضمن ما تلف ولو لم يكن ذلك موجبا للضمان لم يضمن بالمطالبة كما لو لم يكن مائلا أو كان مائلا إلى ملكه ، وأما أن طوالب بنقضه فلم يفعل فقد توقف أحمد عن الجواب فيها .

وقال أصحابنا : يضمن وقد أوما إليه أحمد ، وهو مذهب مالك ، ونحوه قال الحسن والنخعي والثوري ، وقال أبو حنيفة : الاستحسان أن يضمن ، لأن حق الجواز المسلمين وميل الحائط يمنعهم ذلك فلمهم المطالبة بإزالته فإذا لم يزله ضمن كما لو وضع عدلا على حائط نفسه فوقه في ملك غيره فطوالب برفعه فلم يفعل حتى عثر به إنسان وفيه وجه آخر لا ضمان عليه .

قال أبو حنيفة : وهو القياس لأنه بناه في ملكه ولم يسقط بفعله فأشبهه ما لو لم يطالبه بنقضه أو سقط قبل ميله أو لم يمكنه نقضه ولأنه لو وجب الضمان لم تشترط المطالبة كما لو بناه مائلا إلى غير ملكه .

فإن قلنا : عليه الضمان إذا طوالب فإن المطالبة من كل مسلم أو ذمي نوجب

الضمان اذا كان ميلا الى الطريق لأن لكل واحد منهم حق المرور فكانت له المطالبة كما لو مال الحائط الى ملك جماعة كان لكل واحد منهم المطالبة واذا طالب واحد فاستأجله صاحب الحائط أو أجله له الإمام لم يسقط عنه الضمان ، لان الحق لجميع المسلمين فلا يملك واحد منهم اسقاطه وان كانت المطالبة لمستأجر الدار أو مرتبتها أو مستعيرها ومستودعها فلا ضمان عليهم لأنهم لا يملكون النقص وليس الحائط ملكا لهم وان طوالب المالك في هذه الحال فلم يمكنه استرجاع الدار ونقص الحائط فلا ضمان عليه لعدم تفریطه وان أمكنه استرجاعها كالمعسر والمودع والراهن اذا أمكنه فكذلك الرهن فلم يفعل ضمن لانه أمكنه النقص ، وان كان المالك محجورا عليه لسفه أو صغر أو جنون فطوالب هو لم يلزمه الضمان لانه ليس أهلا للمطالبة وان طوالب وليه أو وصيه فلم ينقصه فالضمان على المالك لأن سبب الضمان ماله وكان الضمان عليه دون المتصرف كالوكيل مع الموكل وان كان الملك مشتركا بين جماعة فطوالب أحدهم بنقصه احتمل وجهين أحدهما : لا يلزمه شيء لانه لا يمكنه نقضه بدون إذنهم فهو كالعاجز عن نقضه والثاني : يلزمه بخصته لانه يتمكن من النقص بمطالبة شركائه وإلزامهم النقص فصار بذلك مفرطا ، وأما ان كان ميل الحائط الى ملك آدمي معين اما واحد واما جماعة فالحكم على ما ذكرنا الا أن المطالبة للمالك أو ساكن المالك الذي مال اليه دون غيره ، وان كان لجماعة فأيهم طالب وجب النقص بمطالته كما لو طالب واحد بنقص المائل الى الطريق الا أنه متى طالب ثم أجله صاحب الملك أو أبراه منه أو فعل ذلك ساكن الدار التي مال اليها جاز لان الحق له وهو يملك اسقاطه وان مال الى درب غير نافذ فالحق لاهل الدرب والمطالبة لهم لان الملك لهم ويلزم النقص بمطالبة أحدهم ولا يبرأ بإبراءه وتأجيله الا أن يرضى بذلك جميعهم لان الحق لجميعهم .

(فصل) واذا تقدم الى صاحب الحائط بنقصه فباعه مائلا فلا ضمان على بائعه لانه ليس بملك له ولا على المشتري لانه لم يطالب بنقصه وكذلك ان وهبه وأقبضه وان قلنا : يلزم الهبة زال الضمان عنه بمجرد العقد واذا وجب الضمان وكان

التألف به آدميا فالدية على عاقلته . فان أنكرت عاقلته كون الحائط لصاحبهم لم يلزمهم العقل الا أن يثبت ذلك بينه لأن الأصل عدم الوجوب عليهم فلا يجب بالشك وان اعترف صاحب الحائط لزمه الضمان دونهم لان العاقلة لا تحمل اعترافا وكذلك ان أنكروا مطالبته بنقضه فالحكم على ما ذكرنا ، وان كان الحائط في يد صاحبهم وهو ساكن في الدار لم يثبت بذلك الوجوب عليهم ، لأن دلالة ذلك على الملك من جهة الظاهر ، والظاهر لا تثبت به الحقوق وإنما ترجع به الدعوى (فصل) وان لم يمل الحائط لكن تشقق فإن لم يخش سقوطه لكون شقوقه بالطول لم يجب نقضه وكان حكمه في هذا حكم الصحيح لانه لم يخف سقوطه فأشبهه الصحيح وان خيف وقوعه مثل أن تكون شقوقه بالعرض فحكمه حكم المائل لانه يخاف منه التلف فأشبهه المائل .

فصل

وإذا أخرج الى الطريق النافذ جناحا أو ساباطا فسقط أو شيء منه على شيء فأتلفه فعلى المخرج ضمانه ، وقال أصحاب الشافعي : ان وقعت خشبة ليست مركبة على حائطه وجب ضمان ما أتلفت ، وان كانت مركبة على حائطه وجب نصف الضمان لانه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره فانقسم الضمان عليهما .

ولنا أنه تلف بما أخرجه الى حق الطريق فضمنه كما لو بنى حائطه مائلا الى الطريق فأتلف أو أقام خشبة في ملكه مائلة الى الطريق أو كما لو سقطت الخشبة التي ليست موضوعة على الحائط ، ولأنه إخراج يضمن به البعض فضمن به الكل كالذي ذكرنا ، ولأنه تلف بعدوانه فضمنه كما لو وضع البناء على أرض الطريق ، والدليل على عدوانه وجوب ضمان البعض ولو كان مباحا لم يضمن به كسائر المباحات ، ولأن هذه خشبة لو انقصف الخارج منها وسقط فأتلف ضمن ما أتلف فيجب أن يضمن ما أتلف جميعها كسائر المواضع التي يجب الضمان فيها ولأننا لم نعلم موضعا يجب الضمان كله ببعض الخشبة ويجب نصفه بجمعها ، وان كان إخراج الجناح الى درب غير نافذ بغير إذن أهله ضمن ما أتلفه ، وان فعل ذلك بإذنهم فلا ضمان عليه لانه مباح له غير متعد فيه .

(فصل) وان أخرج ميزابا الى الطريق فسقط على إنسان أو شيء فأتلفه ضمنه وبهذا قال أبو حنيفة ، وحكى عن مالك أنه لا يضمن ما أتلفه لأنه غير متعد بإخراجه فلم يضمن ما أتلف به كما لو أخرج به الى ملكه

وقال الشافعي : ان سقط كله فعليه نصف الضمان لأنه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره وان انقص الميزاب فسقط منه ماخرج عن الحائط ضمن جميع ما تلف به لأنه كله في غير ملكه .

ولنا ما سبق في الجناح ولا نسلم أن إخراجه مباح فإنه أخرج الى هوا ملك غيره شيئا يضر به فأشبه ما لو أخرج الى ملك آدمي معين بغير إذنه فأما ان أخرج إلى ملك آدمي معين شيئا من جناح أو سباط أو ميزاب أو غيره فهو متعد ويضمن ما تلف به لا أعلم فيه خلافا .

(فصل) وإذا بال دابة في طريق فزلق به حيوان فمات به فقال أصحابنا على صاحب الدابة الضمان إذا كان راكبا لها أو قائدا أو سائقا لها لأنه تلف حصل من جهة دابته التي يده عليها فأشبه ما لو جنت يدها أو فمها وقياس المذهب أنه لا يضمن ما تلف بذلك لأنه لا يد له على ذلك ولا يمكن التحرز منه فلم يضمن ما تلف به كما لو أتلفت برجلها وكما لو لم يكن له يد عليها ويفارق هذا ما أتلفت يدها وفمها لأنه يمكنه حفظهما .

(فصل) وإذا وضع جرة على سطحه أو حائطه أو حجرا فرمته الريح على إنسان فقتله أو شيء أتلفه لم يضمن لأن ذلك من غير فعله ووصنعه له كان في ملكه ، ويحتمل أن يضمن اذا وصنعها متطرفة لأنه نسب الى القائها وتعدى بوضعها فأشبهه من بنى حائطه مائلا .

(فصل) وان سلم ولده الصغير الى السابح ليعلمه السباحة فغرق فالضمان على عاقله السابح لأنه سلمه اليه ليحتاط في حفظه فإذا غرق نسب الى التفريط في حفظه وقال القاضي قياس المذهب أن لا يضمنه لأنه فعل ما جرت العادة به لمصلحته فلم يضمن ما تلف به كما اذا ضرب المعلم الصبي ضربا معتادا فتلف به ، فأما الكبير اذا غرق فليس على السابح شيء اذا لم يفرط لأن الكبير في يد نفسه لا ينسب التفريط في هلاكه الى غيره .

(فصل) واذا طلب انسانا بسيف مشهور فهرب منه فتلّف في هربه ضمنه سواء وقع من شاهق أو انخسف به سقّف أو خر في بئر أو لقيه سبع فاقتترسه أو غرق في ماء أو احترق بنار وسواء كان المطلوب صديا أو كبيرا أعمى أو بصيرا عاقلا أو مجنونا ، وقال الشافعي لا يضمن البالغ العاقل البصير الا أن ينخسف به سقّف فإن فيه وفي الصغير والمجنون والأعمى قولان لأنه هلك بفعل نفسه فلم يضمنه الطالب كما لو لم يطلبه .

ولنا : أنه هلك بسبب عدوانه فضمنه كما لو حفر له بئرا أو نصب سكيناً أو سم طعامه ووضع في منزله ، وما ذكره يبطل بهذه الأصول ، ولأنه نسب إلى إهلاكه فأشبه ما لو انخسف من تحته سقّف أو كان صغيراً أو مجنوناً ، وإن طلبه بشيء يخيفه به ، كالليث ونحوه ، فحكمه حكم ما لو طلبه بسيف مشهور لأنه في معناه .

(فصل) ولو شرب سيفا في وجه إنسان أو دلاه من شاهق فمات من روعته أو ذهب عقله فعليه ديته ، وإن صاح بصبي أو مجنون صيحة شديدة نخر من سطح أو نحوه فمات أو ذهب عقله ، أو تغفل عاقلا فصاح به فأصابه ذلك فعليه ديته تحمّلها العاقلة ، فإن فعل ذلك عمداً فهو شبه عمد وإلا فهو خطأ ، ووافق الشافعي في الصبي وله في البالغ قولان . ولنا أنه سبب إتيان فاعله فضمنه كالصبي .

(فصل)

وإن قدم انسانا إلى هدف يرميه الناس فأصابه سهم من غير تعمد فضمنانه على عاقلة الذي قدمه لأن الرامي كالحافر والذي قدمه كالدافع فكان الضمان على عاقلته ، وإن عمد الرامي يرميه فالضمان عليه لأنه مباشر وذاك متسبب فأشبهه الممسك والقاتل ، وإن لم يقدمه أحد فالضمان على الرامي وتحمله عاقلته إن كان خطأ لأنه قتله .

(فصل) وإن شهد رجلان على رجل بجرح أو قتل أو سرقة قد توجب القطع أو زنا يوجب الرجم أو الجلد ونحو ذلك فاقتص منه أو قطع بالسرقه أو حد فافضنى إلى تلفه ثم رجعا عن الشهادة لزمهما ضمان ما تلف بشهادتهما ،

كالشريكين في الفعل ، ويكون الضمان في مالهما لا تحمله عاقلتهما ، لأنها لا تحمل اعترافا وهذا يثبت باعترافهما .

وقد روى عن علي رضي الله عنه أن شاهدين شهدا عنده على رجل بالسرقة فقطعه ثم أتيا بآخر فقالا : يا أمير المؤمنين ليس ذلك السارق إنما هذا هو السارق فأغرمهما دية الأول وقال : لو علمت أنكما تعمدا لقطعتكما ، ولم يقبل قولهما في الثاني . وإن أكره رجل رجلا على قتل إنسان فقتله فصار الأمر إلى الدية فهي عليهما لأنهما كالشريكين ، ولهذا وجب التقصاص عليهما ، ولو أكره رجل امرأة فزنى بها فحملت فماتت من الولادة ضمنها لأنها ماتت بسبب فعله وتحملها العاقلة إلا أن لا يثبت ذلك إلا (باعترافه فتكون الدية عليه لأن العاقلة لا تحمل اعترافا .

(فصل)

إذا بعث السلطان إلى امرأة ليحضرها فأسقطت جنينا ميتا ضمنه لما روى أن عمر رضي الله عنه بعث إلى امرأة مغيبة كان يدخل عليها فقالت يا ويلها ما لها ولعمر ، فبينما هي في الطريق إذ فزعت فضربها الطلق فألقت ولدا ، فصاح الصبي صيحتين ثم مات ، فاستشار عمر أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ، فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء إنما أنت وال ومؤدب ، وصمت على فأقبل عليه عمر فقال . ما تقول يا أبا الحسن ؟ فقال : ان كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم ، وان كانوا قالوا في هلاك فلم ينصحوا لك ، ان ديتك عليك لأنك أفزعتها فألقته ، فقال عمر : أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك ، ولو فزعت المرأة فماتت لوجب ديتها أيضا ، ووافق الشافعي في ضمان الجنين وقال لا تضمن المرأة ، لأن ذلك ليس بسبب إلى هلاكها في العادة .

ولنا أنها نفس هلكت بإرساله إليها فضمنها كجنينها أو نفس هلكت بسببه فغرمها كما لو ضربها فماتت ، وقوله انه ليس بسبب عادة ، قلنا ليس كذلك فإنه سبب للإسقاط والاسقاط سبب للهلاك عادة ثم لا يتعين في الضمان كونه سببا معتادا ، فإن الضربة والضربتين بالسوط ليست سببا للهلاك في العادة ، ومتى أفضت إليه

وجب الضمان، وإن استعدى إنسان على امرأة فألقت جنينها أو ماتت فزاعف على عاقلته المستعدى الضمان إن كان ظالماً لها، وإن كانت هي الظالمة فأحضرها عند الحاكم فينبغي أن لا يضمنها لأنها سبب إحضارها بظلمها فلا يضمنها غيرها ولأنه استوفى حقه فلم يضمن ما تلف به كالتقصاص ويضمن جنينها لأنه تلف بفعله فأشبه ما لو اقتص منها .

(فصل) ومن أخذ طعام إنسان أو شرابه في برية أو مكان لا يقدر فيه على طعام وشراب فهلك بذلك أو هلكت بهيمته فعليه ضمان ما تلف به لأنه سبب هلاكه، وإن اضطر إلى طعام وشراب لغيره فطلبه منه فمنعه إياه مع غناه عنه في تلك الحال فمات بذلك ضمنه المطلوب منه، لما روى عن عمر (رض) أنه قضى بذلك ولأنه إذا اضطر إليه صار أحق به ممن هو في يده وله أخذه قهراً فإذا منعه إياه تسبب إلى أهلاكه بمنعه ما يستحقه فلزمه ضمانه كما لو أخذ طعامه وشرابه فهلك بذلك، وظاهر كلام أحمد أن الدية في ماله لأنه تعمد هذا الفعل الذي يقتل مثله غالباً وقال القاضى : تكون على عاقلته لأن هذا لا يوجب التقصاص فيكون شبه العمد، وإن لم يطلبه منه لم يضمنه لأنه لم يمنعه ولم يوجد منه فعل تسبب به إلى هلاكه ؛ وكذلك كل من رأى إنساناً في مهلكة فلم ينجّه منها مع قدرته على ذلك لم يلزمه ضمانه وقد أساء .

وقال أبو الخطاب : قياس المسألة الأولى وجوب ضمانه لأنه لم ينجّه من الهلاك مع إمكانه فيضمنه، كما لو منعه الطعام والشراب . ولنا أنه لم يهلكه ولم يكن سبباً في هلاكه فلم يضمنه، كما لو يعلم بحاله، وقياس هذا على هذه المسألة غير صحيح لأنه في المسألة منعه منعاً كان سبباً في هلاكه فضمنه بفعله الذى تعدى به وهما لم يفعل شيئاً يكون سبباً .

(فصل) ومن ضرب إنساناً حتى أحدث فإن عثمان رضى الله عنه قضى فيه بثلث الدية . وقال أحمد : لأعرف شيئاً يدفعه، وبه قال إسحاق، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى لأشئ فيه لأن الدية إنما تجب لإتلاف منفعة أو عضو أو إزالة جمال، وليس هنا شيء من ذلك، وهذا هو القياس، وإنما ذهب من ذهب إلى إيجاب الثلث لقضية عثمان لأنها في مظنة الشهرة ولم ينقل خلافها فيكون إجماعاً

ولأن قضاء الصحابي بما يخالف النياس يدل على أنه توقيفـ ، وسواء كان الحدث ريحا أو غائطا أو بولا ، وكذلك الحكم فيها إذا أفرعه حتى أحدث .

(فصل) إذا ادعى القاتل أن المقتول كان عبداً أو ضرب ملفوفاً فقداه أو عليه حائطا أو ادعى أنه كان ميتا وأنكر وليه ذلك فالقول قول الولي مع يمينه وهذا أحد قولي الشافعي . وقال في الآخر القول قول الجاني لأن الأصل براءة ذمته وما ادعاه محتمل فلا يزول عن اليقين بالشك .

ولنا أن الأصل حياة المجنى عليه وحرية فيجب الحكم ببقائه ، كما لو قتل من كان مسلما وادعى أنه ارتد قبل قتله ، وبهذا يبطل ما ذكره : وهكذا لو قتل في دار الاسلام وادعى أنه كان كافرا وأنكر وليه فالقول قول الولي لأن الدار دار الاسلام ولذلك حكمنا بإسلام لقيطها ، وإن قطع عضوا وادعى شلله أو قلع عينها وادعى عماها وأنكر الولي فالقول قول المجنى عليه لأن الأصل السلامة ، وكذلك لو قطع ساعدا وادعى أنه لم يكن عليه كفـ أو قطع ساقا وادعى أنه لم يكن لها قدم .

وقال القاضي : إن اتفقا على أنه كان بصيرا فالقول قول المجنى عليه والا فالقول قول الجاني ، وهذا مذهب الشافعي ، وكذلك على قياسه إذا اختلفا في شلل العضو لأن هذا مما لا يتعذر إقامة البينة عليه ، فإنه لا يخفى على أهله وجيرانه ومعاملته ، وصفة تحمل الشهادة عليه أنه كان يتبع الشخص بصره ويتوقى ما يتوقاه البصير ويتجنب البثر وأشباهه في طريقه ويعدل في العطفات خلفـ من يطلبه ولنا أن الأصل السلامة فكان القول قول من يدعيه ، كما لو اختلفا في اسلام المقتول وحياته ، وقولهم لا تتعذر إقامة البينة عليه ، قلنا وكذلك لا تتعذر إقامة البينة على ما يدعيه الجاني فأجابه عليه أولى من إيجابها على من يشهد له الأصل . ثم يبطل بسائر المواضع التي سلكوها ، فإن قالوا همنا ما ثبت أن الأصل وجود البصر ، قلنا الظاهر يقوم مقام الأصل ولهذا رجحنا قول من يدعي حرية واسلامه (فصل) وإن زاد في القصاص من الجراح وقال إنما حصلت الزيادة باضطرابه وأنكر المجنى عليه ففيه وجهان . أحدهما القول قول المقتص منه لأن

الأصل عدم الاضطراب ووجوب الضمان . والثاني : القول قول المقتصر لان
الأصل برائة ذمته وما يدعيه محتمل
والاول أصح فان الجرح سبب وجوب الضمان ، وما يدعيه من الاضطراب
المانع من ثبوت حكمه الأصل عدمه ، فالقول قول من ينفيه . كما لو جرح رجلا
وادعى أنه جرحه دفعا عن نفسه، أو قتله وادعى أنه وجدته مع أهله، أو قتل بهيمة
وادعى أنها صالت عليه .

باب ديات الجراح

الجراح تتنوع نوعين . أحدهما : الشجاج ، وهي ما كان في رأس أو وجه
النوع الثاني : ما كان في سائر البدن وينقسم قسمين . أحدهما : قطع عضو .
والثاني : قطع لحم ، والمضمون في الآدمي ضربان . أحدهما : ما ذكرنا : والثاني :
تفويت منفعة كتفويت السمع والبصر والعقل

« مسألة ، قال رحمه الله (ومن أتلّف ما في الإنسان منه شيء واحد ففيه الدية
وما فيه شيّتان ففي كل واحد منهما نصف الدية) »

وجملة ذلك أن كل عضو لم يخلق الله تعالى في الإنسان منه إلا واحداً كاللسان
والأنف والذكر والصلب ففيه دية كاملة ، لأن إتلافه إذهاب منفعة الجنس ،
وإذهابها كإتلاف النفس ، وما فيه منه شيّتان كاليدين والرجلين والعينين والأذنين
والمنخرين والشفّتين والخصيتين والثديين والألتين ففيها الدية كاملة ، لأن في إتلافها
إذهاب منفعة الجنس ، وفي إحداها نصف ، لأن في إتلافه إذهاب نصف منفعة
الجنس وهذه الجملة مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً

وقد روى عن الزهري عن أبي بكر ابن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن
جده أن رسول الله (ص) كتب له في كتابه « وفي الأنف إذا أوعب جده
الديه وفي اللسان الدية وفي الشفتين الدية وفي البيصتين الدية وفي الذكر الدية وفي
الصلب الدية وفي العينين الدية وفي الرجل الواحدة نصف الدية ، رواه النسائي وغيره
ورواه ابن عبد البر وقال كتاب عمرو بن حزم معروف عند الفقهاء وما فيه متفق
عليه عند العلماء إلا قليلاً

(فصل) وما في الإنسان منه أربعة أشياء ففيها الدية وفي كل واحد منها ربع الدية ، وهو أجفان العينين وأهدابها وما فيه منه عشرة ففيها الدية وفي كل واحد منها عشرها وهي أصابع اليدين وأصابع الرجلين وما فيه منه ثلاثة أشياء ففيها الدية وفي الواحد ثلثها وهو المتخران والحاجز بينهما وعنه في المنخرين الدية وفي الحاجز حكومة لأن المنخرين شيان من جنس فكان فيهما الدية كالشفتين وليس في البدن شيء من جنس يزيد على الدية إلا الاسنان فإن في كل سن خمسا من الإبل فتزيد على الدية ، وقد روى أنه ليس فيها إلا الدية قياسا على سائر ما في البدن ، والصحيح الأول لأن الخبر عن النبي صلى الله عليه وسلم ورد بإيجاب خمس في كل سن فيجب العمل به وإن خالف القياس .

« مسألة ، قال (وفي العينين الدية) »

أجمع أهل العلم على أن في العينين إذا أصيبتا خطأ الدية وفي العين الواحدة نصفها ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « وفي العينين الدية » ولأنه ليس في الجسد منهما إلا شيان ففيهما الدية ، وفي إحداهما نصفها كسائر الأعضاء التي كذلك ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « وفي العين الواحدة خمسون من الإبل » رواه مالك في موطئه ، ولأن العينين من أعظم الجوارح نفعا وجالا فكانت فيهما الدية ، وفي إحداهما نصفها كاليدين .

إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يكونا صغيرتين أو كبيرتين ومليحتين أو قبيحتين أو مخيحتين أو مريضتين أو حولوين أو رمصتين ، فإن كان فيهما بياض لا ينقص البصر لم تنقص الدية وإن نقص البصر نقص من الدية بقدره وفي ذهاب البصر الدية ، لأن كل عضو من وجبت الدية بذهابها وجبت باذهاب نفعها كاليدين إذا أشلها . وفي ذهاب بصر أحدهما نصف الدية كما لو أشل يدا واحدة ، وليس في إذهابهما بنفعها أكثر من دية كاليدين .

(فصل) وإن جنى على رأسه جناية ذهب بها بصره فعليه دية لأنه ذهب بسبب جنايته ، وإن لم يذهب بها فداواها فذهب بالمداوة فعليه دية لأنه ذهب بسبب فعله . وإن اختلفوا في ذهاب البصر رجع إلى اثنين عدلين مسلمين من أهل

الخبرة لأن لهما طريقاً إلى معرفة ذلك لمشاهدتهما العين التي هي محل البصر ومعرفة بحالها بخلاف السمع وإن لم يوجد أهل الخبرة أو تعذر معرفة ذلك اعتبر بأن يوقف في عين الشمس ويقرب الشيء من عينه في أوقات غفلته فإن طرف عينه وخاف من الذي يخوف به فهو كاذب وإلا حكم له ، وإذا علم ذهاب بصره ، وقال أهل الخبرة لا يرجى عوده وجبت الدية .

وإن قالوا : يرجى عوده إلى مدة عينوها انتظر إليها ولم يعط الدية حتى تنقضي المدة فإن عاد البصر سقطت عن الجاني ، وإن لم يعد استقرت الدية ، وإن مات المجنى عليه قبل العود استقرت الدية سواء مات في المدة أو بعدها فإن ادعى الجاني عود بصره قبل موته وأنكر وارثه فالقول قول الوارث لأن الأصل معه ، وإن جاء أجنبي فقلع عينه في المدة استقرت على الأول الدية أو القصاص لأنه أذهب البصر فلم يعد وعلى الثاني حكومة لأنه أذهب عيناً لا ضوء لها يرجى عودها ، وإن قال الأول عاد ضوءها وأنكر الثاني فالقول قول المنكر لأن الأصل معه فإن صدق المجنى عليه الأول سقط حقه عنه ولم يقبل قوله على الثاني .

وإن قال أهل الخبرة يرجى عوده لكن لا نعرف له مدة وجبت الدية أو القصاص لأن انتظار ذلك إلى غير غاية يفضي إلى إسقاط موجب الجناية والظاهر في البصر عدم العود والأصل يؤيده فإن عاد قبل استيفاء الواجب سقط وإن عاد بعد الاستيفاء وجب رد ما أخذ منه لأننا تبيننا أنه لم يكن واجباً .

(فصل) وإن جن عليه فتقص ضوء عينيه ففي ذلك حكومة ، وإن ادعى نقص ضوءهما فالقول قوله مع يمينه ، لأنه لا يعرف ذلك إلا من جهته ، وإن ذكر أن أحدهما نقصت عصبت المريضة وأطلقت الصحيحة ونصب له شخص فيباعد عنه فكما قال رأيت فوصف لونه علم صدقه حتى تنتهي فإذا انتهت علم موضعها ثم تشد الصحيحة وتطلق المريضة وينصب له شخص ثم يذهب حتى تنتهي رؤيته ثم يدار الشخص إلى جانب آخر فيصنع به مثل ذلك ، ثم يعمله عند المسافتين ويفرغان ويقابل بينهما فإذا كانتا سواء فقد صدق ، وينظر كم بين مسافة رؤية العلية والصحيحة ويحكم له من الدية بقدر ما بينهما ، وإن اختلفت المسافتان فقد كذب وعلم أنه

قصر مسافة رؤية المريضة ليكثر الواجب له ، فيردد حتى تستوى المسافة بين الجانبين والأصل في هذا ما روى عن علي رضي الله عنه .

قال ابن المنذر: أحسن ما قيل في ذلك ما قاله علي رضي الله عنه أمر بعينه فعصبت وأعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر حتى انتهى بصره ، ثم أمر نخط عند ذلك ، ثم أمر بعينه فعصبت الأخرى وفتحت الصحيحة ، وأعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو يبصر حتى انتهى بصره ، ثم خط عند ذلك ، ثم حول الى مكان آخر ففعل مثل ذلك فوجدوه سواء ، فأعطاها بقدر ما نقص من بصره من مال الآخر قال الناضى : وإذا زعم أهل الطب أن بصره يقل إذا بعدت المسافة ويكثر إذا قربت وأمكن هذا في المذارعة عمل عليه ، ويأنه أنهم إذا قالوا أن الرجل إذا كان يبصر الى مائة ذراع ، ثم أراد أن يبصر الى مائتي ذراع احتاج للمائة الثانية الى ضعف ما يحتاج اليه المائة الأولى من البصر فعلى هذا إذا أبصر بالصحيحة الى مائتين وأبصر بالعليلة الى مائة علمنا أنه قد نقص ثلثا بصر عينه فيجب له ثلثا ديتها ، وهذا لا يكاد ينضبط في الغالب ، وكل مالا ينضبط ففيه حكومة ، وإن جنى على عينيه فندرتا أو إذا حولتا أو أعمشنا ففي ذلك حكومة كما لو ضرب يده فاعوجت ، والجناية على الصبي والمعتوه كالجناية على البالغ والمأقل ، وإنما يترقان في أن البالغ خصم لنفسه ، والخصم للصبي والمجنون وإيهما فاذا توجهت اليه عليهما لم يحلفا ولم يحلف الولي عنهما فإن بلغ الصبي وأفاق المجنون حلفا حينئذ ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كذهبننا .

(فصل) وفي عين الأعور دية كاملة ، وبذلك قال الزهري ومالك والليث وقتادة وإسحاق . وقال مسروق وعبد الله بن مغفل والنخعي والثوري وأبو حنيفة والشافعي : فيها نصف الدية لقوله عليه السلام « وفي العين خمسون من الإبل » وقول النبي صلى الله عليه وسلم « وفي العينين الدية » يقتضي أن لا يجب فيهما أكثر من ذلك سواء قلعهما واحد أو اثنان في وقت واحد أو في وقتين ، وقالم الثانية قالم عين أعور فلو وجبت عليه دية لوجب فيهما دية ونصف ولأن ما ضمن بنصف الدية مع بقاء نظيره ضمن به مع ذهابه كالآذن ، ويحتمل هذا كلام الحرق لقوله وفي العين الواحدة نصف الدية لم يفرق .

ولنا أن عمر وعثمان وعلياً وابن عمر قضوا في عين الأعور بالدية ، ولم نعلم لهم في الصحابة مخالفاً فيكون إجماعاً ، ولأن قلع عين الأعور تتضمن إذهاب البصر كله فوجب الدية كما لو أذهب من العينين ، ودليل ذلك أنه يحصل بها ما يحصل بالعينين ، فإنه يرى الأشياء البعيدة ويدرك الأشياء اللطيفة ويعمل أعمال البصراء ويجوز أن يكون قاصتياً وشاهداً ويجزى في الكفارة وفي الأضحية إذا لم تكن العوراء مخسرة فوجب في بصره دية كاملة كذا في العينين .

فإن قيل : فلو صح هذا لم يجب في ذهاب بصر إحدى العينين نصف الدية لأنه لم ينقص . قلنا لا يلزم من وجوب شيء من دية العينين نقص دية الثاني بدليل ما لو جنى عليهما فأحولنا أو عمشنا أو نقص ضوءهما فإنه يجب أرش النقص ولا تنقص ديتهما بذلك ، ولأن النقص الحاصل لم يؤثر في تنقيص أحكامه ولا هو مضبوط في تفويت النفع فلم يؤثر في تنقيص الدية كالذي ذكرنا .

فصل

وان قلع الأعور عين صحيح نظرنا فإن قلع العين التي لا تماثل عينه الصحيحة أو قلع المائلة للصحيحة خطأ فليس عليه إلا نصف الدية لا أعلم فيه مخالفاً لأن ذلك هو الأصل ، وإن قلع المائلة لعينه الصحيحة عمداً فلا قصاص عليه وعليه دية كاملة ، وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء ومالك في إحدى روايته . وقال في الأخرى : عليه نصف الدية ولا قصاص .

وقال المخالفون في المسألة الأولى : له القصاص . لقوله تعالى (والعين بالعين) وإن اختار الدية فله نصفها للخبر ولأنه لو قلعها غيره لم يجب فيها إلا نصف الدية فلم يجب عليه إلا نصفها كالعين الأخرى .

ولنا . أن عمر وعثمان قضيا بمثل مذهبنا ولا نعرف لهما مخالفاً في الصحابة فكان إجماعاً .

(فصل) وإن قلع الأعور عيني صحيح العينين فليس عليه إلا دية عمداً كان أو خطأ ، وذكر القاضى أن قياس المذهب وجوب ديتين . أحدهما : في العين التي استحق بها قلع عين الأعور . والأخرى : في الأخرى لأنها عين أعور . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : في العينين الدية ، ولأنه قلع عينين فلم يلزمه

أكثر من الدية كما لو كان القاطع صحيحاً : ولأنه لم يزد على تفويت منفعة الجنس فلم يزد على الدية كما لو قطع أذنه ، وما ذكره القاضي لا يصح ، لأن وجوب الدية في إحدى عينيه لا يجعل الأخرى عين أعور على أن وجوب الدية بقلع إحدى العينين قضية مخالفة للخبر والقياس صرنا إليها لاجتماع الصحابة عليها ففيها عدا موضع الاجماع يجب العمل بهما والبقاء عليهما فإن كان قلعهما عمداً فاختار القصاص فليس له إلا قلع عينه لأنه أذهب بصره كله فلم يكن له أكثر من إذهاب بصره ، وهذا مبنى على ما تقدم من قضاء الصحابة ، ولأن عين الأعور تقوم مقام العينين ، وأكثر أهل العلم على أن له القصاص من العين ونصف الدية للعين الأخرى وهو مقتضى الدليل والله أعلم .

(فصل) وان قطع يد أو رجل أو قطع الرجل فله نصف الدية أو القصاص من مثلها لأنه عضو أمكن القصاص من مثله ، فكان الواجب فيه القصاص أو دية مثله كما لو قطع أذن من له أذن واحدة .

وعن أحمد رواية أخرى أن الأولى إن كانت قطعت ظلماً وأخذ ديتها أو قطعت قصاصاً ففيها نصف ديتها ، وان قطعت في سبيل الله ففي الباقية دية كاملة لأنه عطل منافعه من العضوين جملة فأنشبه قلع عين الأعور والصحيح الأول لأن هذا أحد العضوين اللذين تحصل بهما منفعة الجنس لا يقوم مقام العضوين فلم يجب فيه دية كاملة كسائر الأعضاء كما لو كانت الأولى أخذت قصاصاً أو في غير سبيل الله ولا يصح القياس على عين الأعور لوجوه ثلاثة .

أحدها : أن عين الأعور حصل بها ما يحصل بالعينين ولم يختلفا في الحقيقة والاحكام إلا تفاوتاً يسيراً بخلاف أقطع اليد والرجل .

والثاني : أن عين الأعور لم يختلف الحكم فيها باختلاف صفة ذهاب الأولى وههنا اختلافاً الثالث : أن هذا التقدير والتعيين على هذا الوجه أمر لا يصار إليه بمجرد الرأي ولا توقيف فيه فيصار إليه ولا نظير له فيقاس عليه والمصير إليه تحكم بغير دليل فيجب إطرأحه ، وان قطعت أذن من قطعت أذنه أو منخر من قطعت منخره لم يجب فيه أكثر من نصف الدية رواية واحدة لأن منفعة كل أذن لا تتعلق بالأخرى بخلاف العينين .

« مسأله ، قال (وفي الاشفار الأربعة الدية وفي كل واحد منها ربع الدية)

يعنى أجفان العينين وهى أربعة فى جميعها الدية لأن فيها منفعة الجنس وفى كل واحد منها ربع الدية : لأن كل ذى عدد تجب فى جميعه الدية تجب فى الواحد منها بحصته من الدية كاليدى والأصابع ؛ وبهذا قال الحسن والشعبى وقتادة وأبو هاشم والثورى والشافعى وأصحاب الرأى . وعن مالك فى جفن العين وحجاجها الاجتهاد ، لأنه لم يعلم تقديره عن النبى صلى الله عليه وسلم والتقدير لا يثبت قياسا .

ولنا : أنها أعضاء فيها جمال ظاهر ونفع كامل فإنها تكن العين وتحفظها وتقيها الحر والبرد وتكون كالغلق عليها يطبقه اذا شاء ويفتحه اذا شاء ولولاها لقبح منظره فوجبت فيها الدية كاليدى ولا نسلم أن التقدير لا يثبت قياسا فإذا ثبت هذا فإن فى أحدها ربع الدية . وحكى عن الشعبى أنه يجب فى الأعلى ثلثا دية العين وفى الأسفل ثلثها لأنه أكثر نفعا

ولنا : أن كل ذى عدد تجب الدية فى جميعه تجب بالحصه فى الواحد منه كاليدى والأصابع وما ذكره يبطل باليمنى مع اليسرى والأصابع ، وإن قلع العينين بأشفارهما وجبت ديتان لأنها جنسان تجب الدية بكل واحد منهما منفردا فوجبت بإتلافهما جملة ديتان كاليدى والرجلين ، وتجب الدية فى أشفار عين الأعمى . لأن ذهاب بصره عيب فى غير الاجفان . فلم يمنع وجوب الدية فيها كذهاب الشم لا يمنع وجوب الدية فى الأنف

(فصل) وتجب فى أهذاب العينين بمفردها الدية . وهو الشعر الذى على الاجفان وفى كل واحد منها ربعها . وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعى فيه حكومة ولنا : أن فيها جمالا ونفعا قائما تقي العينين وترد عنهما وتحسن العين وتجميلها فوجبت فيها الدية كالا جفان وإن قطع الاجفان بأهدامها لم يجب أكثر من دية لأن الشعر يزول تبعا لزوال الاجفان فلم تفرد بضمان كالأصابع اذا قطع اليد وهى عليها

« مسأله ، قال (وفى الاذنين الدية)

روى ذلك عن عمر وعلى وبه قال عطاء ومجاهد والحسن وقتادة والثورى

والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ومالك في إحدى الروايتين عنه ، وقال في الأخرى فيهما حكومة لأن الشرع لم يرد فيهما بتقدير ولا يثبت التقدير بالقياس . ولنا أن في كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر وبن حزم ، وفي الأذنين الدية ، ولأن عمر وعلياً قضيا فيهما بالدية .

فإن قيل فقد روى عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قضى في الأذن بخمسة عشر بعيراً . قلنا لم يثبت ذلك ، قاله ابن المنذر ، ولأن ما كان في البدن منه عضوان كان فيهما الدية كاليدين ، وفي إحداهما نصف الدية بغير خلاف بين القائلين بوجوب الدية فيهما ، ولأن كل عضوين وجبت الدية فيهما وجب في أحدهما نصفها كاليدين ، وإن قطع بعض إحداهما وجب بقدر ما قطع من ديتها ففي نصفها نصف ديتها وفي ربعها ربعها ، وعلى هذا الحساب ، سواء قطع من أعلى الأذن أو أسفلها أو اختلف في الجمل أو لم يختلف ، كما أن الأسنان والأصابع تختلف في الجمال والمنفعة ودياتها سواء .

وقد روى عن أحمد رحمه في شحمة الأذن ثلث الدية ، والمذهب الأول ، وتجب الدية في أذن الأصم ، لأن الصمم نقص في غير الأذن فلم يؤثر في ديتها كالعمى لا يؤثر في دية الأجفان . وهذا قول الشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً .

(فصل)

فإن جنى على أذنه فاستحشفت ، واستحشافها كشلل سائر الأعضاء ففيها حكومة ، وهذا أحد قولي الشافعي . وقال في الآخر : في ذلك ديتها لأن ما وجبت ديته بقطعه وجبت بشلله كاليد والرجل .

ولنا أن نفعها باق وبعد استحشافها وجمالها ، فإن نفعها جمع الصوت ، ومنع دخول الماء والهوام في صماخه ، وهذا باق بعد شللها ، فإن قطعها قاطع بعد استحشافها ففيها ديتها لأنه قطع أذناً فيها جمالها ونفعها فوجب ديتها كالصحيحة ، وكما لو قلع عينا عمشاء أو حولاء .

« مسألة ، قال (وفي السمع إذا ذهب من الأذنين الدية) »

لا خلاف في هذا . قال ابن المنذر . أجمع عوام أهل العلم على أن في السمع

الدية روى ذلك عن عمر وبه قال مجاهد وقتادة والثوري والاوزاعي وأهل الشام وأهل العراق ومالك والشافعي وابن المنذر ولا أعلم عن غيرهم خلافا لهم . وقد روى عن معاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « وفي السمع الدية » ، وروى أبو المطلب عن أبي قلابة أن رجلا رمى رجلا بحجر في رأسه فذهب سمعه وعقله ولسانه ونكاحه ، فقضى عمر بأربع ديات والرجل حي ، ولأنها حاسة تختص بنفع فكان فيها الدية كالبصر ، وإن ذهب السمع من إحدى الاذنين وجب نصف الدية ، كما لو ذهب البصر من إحدى العينين ، وإن قطع أذنه فذهب سمعه وجبت ديتان ، لأن السمع في غيرهما ، فأشبه ما لو قلع أجفان عينيه فذهب بصره بخلاف العين إذا قلعت فذهب بصره ، فإن البصر في العين ، فأشبه البطش الذاهب بقطع اليد .

(فصل) وان اختلفا في ذهاب سمعه فإنه يتغفل ويصاح به وينظر اضطرابه ويتأمل عند صوت الرعد والاصوات المزججة ، فإن ظهر منه انزعاج أو التفات أو ما يدل على السمع فالقول قول الجاني مع يمينه ، لأن ظهور الامارات يدل على أنه سميع فغلبت جنبه المدعى وحلف — لجواز أن يكون ما ظهر منه اتفاقا وإن لم يوجد منه شيء من ذلك فالقول قوله مع يمينه لأن الظاهر أنه غير سميع ، وحلف لجواز أن يكون احتراز وتصبر ، وإن ادعى ذلك في أحدهما سدت الأخرى وتغفل على ما ذكرنا ، فإن ادعى نقصان السمع فيهما فلا طريق لنا إلى معرفة ذلك إلا من جهته فيحلفه الحاكم ويوجب حكومة .

وان ادعى نقصه في أحدهما سدنا العليلة وأطلقنا الصحيحة وأقنا من يحدثه وهو يتباعد إلى حيث يقول اني لا أسمع ، فإذا قال اني لا أسمع غير عليه الصوت والكلام ، فإن بان أنه يسمع والا فقد كذب ، فإذا انتهى إلى آخر سماعه قدر المسافة وسد الصحيحة وأطلقت المريضة وحديثه وهو يتباعد حتى يقول : اني لا أسمع ، فإذا قال ذلك غير عليه الكلام ، فإن تغيرت صفته لم يقبل قوله ، وإن لم تغير صفته حلف — وقيل قوله ومسحت المسافتان ، ونظر ما نقصت العليلة فوجب بقدره ، فإن قال اني أسمع العالي ولا أسمع الحقي ، فهذا لا يمكن تقديره فتجب فيه حكومة .

(فصل)

فإن قال أهل الخبرة انه يرجى عود سماعه إلى مدة انتظار اليها ، وإن لم يكن لذلك غاية لم ينتظر ، ومتى عاد السمع فإن كان قبل أخذ الدية سقطت ، وإن كان بعده ردت على ما قلنا في البصر .

« مسألة » قال (وفي قرع الرأس إذا لم ينبت الشعر الدية ، وفي شعر اللحية الدية إذا لم ينبت ، وفي الحاجبين الدية إذا لم تنبت)

هذه الشعور الثلاثة في كل واحد منها دية ، وذكر أصحابنا معها شعراً رابعاً ، وهو أهداب العينين ، وقد ذكرناه قبل هذا في كل واحد منهما دية . وهذا قول أبي حنيفة والثوري .

ومن أوجب في الحاجبين الدية سعيد بن المسيب وشریح والحسن وقتادة ، وروى عن علي وزيد بن ثابت أنها قالوا في الشعر فيه الدية ؛ وقال مالك والشافعي فيه حكومة ، واختاره ابن المنذر لأنه إلتلاف جمال من غير منفعة فلم تجب فيه الدية كاليد الشلاء والعين القائمة .

ولنا أنه أذهب الجمال على الكمال فوجب فيه دية كاملة كأذن الأهم وأنف الأخشم ، وما ذكروه ممنوع فإن الحاجب يرد العرق عن العين ويفرقه ، وهدب العين يرد عنها ويصونها ، فجري مجرى أجفانها ، وينتقض ما ذكروه بالأصل الذي قسنا عليه ويفارق اليد الشلاء فإنه ليس جهاً كاملاً .

(فصل) وفي أحد الحاجبين نصف الدية ، لأن كل شيتين فيهما الدية ففي أحدهما نصفها كاليدين ، وفي بعض ذلك أو ذهاب شيء من الشعور المذكورة من الدية بقسطه من دية يقدر بالمساحة كالأذنين ومارن الأنف ، ولا فرق في هذه الشعور بين كونها كثيفة أو خفيفة أو جميلة أو قبيحة ، أو كونها من صغير أو كبير لأن سائر ما فيه الدية من الأعضاء لا يفرق الحال فيه بذلك ، وإن أبقى من لحية مالا جمال فيه أو من غيرها من الشعور ففيه وجهان :

أحدهما : يؤخذ بالقسط لأنه محل يجب في بعضه بحصته فأشبهه الاذن ومارن
الانفـ ، والثاني : تجب الدية كاملة لأنه أذهب المقصود كله فأشبهه ما لو أذهب
ضوء العينين ، ولأن جنايته ربما أحوجت الى اذهاب الباقي لزيادته في القبح على
ذهاب الكل فتكون جنايته سببا لذهاب الكل فأوجب ديته ، كما لو ذهب بسراية
الفعل أو كما لو احتاج في دواء شجرة الرأس الى ما ذهب بضوء عينه .

(فصل) ولا تجب الدية في شيء من هذه الشعور إلا بذهابه على وجه
لا يرجى عوده ، مثل أن يقلب على رأسه ماء حاراً فتلف منبت الشعر فينقطع
بالكلية بحيث لا يعود ، وإن رجع عوده الى مدة انتظر اليها ، وإن عاد الشعر قبل
أخذ الدية لم تجب فإن عاد بعد أخذها ردها ، والحكم فيه كالحكم في ذهاب السمع
والبصر فيما يرجى عوده وفيما لا يرجى .

(فصل) ولا قصاص في شيء من هذه الشعور ، لأن إتلافها إنما يكون بالجناية
على محلها وهو غير معلوم المقدار فلا تمكن المساواة فيه فلا يجب القصاص فيه .

« مسأله » قال (وفي المشام الدية)

يعنى الشم في إتلافه الدية ، لأنه حاسة تختص بمنفعة فكان فيها الدية كسائر
الحواس ، ولا نعلم في هذا خلافا . قال القاضي : في كتاب عمرو بن حزم عن
النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « وفي المشام الدية » فإن ادعى ذهاب شمه اغتفلناه
بالروائح الطيبة والمنتنة ، فإن هس للطيب وتنكر للنتن فالقول قول الجاني مع
يمينه ، وإن لم يمين منه ذلك فالقول قول المجنى عليه كقولهم في اختلافهم في السمع
وإن ادعى المجنى عليه نقص شمه فالقول قوله مع يمينه لأنه لا يتوصل الى معرفته
ذلك إلا من جهته فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة في انقضاء عدتها بالاقراء
ويجب له من الدية ما تخرجه الحكومه . وإن ذهب شمه ثم عاد قبل أخذ الدية
سقطت ، وإن كان بعد أخذها ردها لانا تبينا أنه لم يكن ذهب ، وإن رجع عود
شمه الى مدة انتظر اليها ، وإن ذهب شمه من أحد منخريه ففيه نصف الدية كما لو
ذهب بصره من إحدى عينيه .

(فصل) وفي الاتف الدية اذا كان قطع مارته بغير خلاف بينهم ، حكاه ابن عبد البر وابن المنذر عن يحفظ عنه من أهل العلم
وفي كتاب عمرو بن حزم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : وفي الاتف اذا أوعب جدعا ، وفي رواية مالك في الموطأ : اذا أوعى جدعا ، يعني اذا استوعب ، واستوصل ولأنه عضو فيه جمال ومنفعة ليس في البدن منه إلا شيء واحد فكانت فيه الدية كاللسان ؛ وإنما الدية في مارته ، وهو ما لان منه .
كذا قال الخليل وغيره لأنه يروى عن طاوس أنه قال كان في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : وفي الاتف اذا أوعب مارته جدعا الدية ، ولأن الذي يقطع فيه ذلك ، فانصرف الخبر إليه فإن قطع بعضه ففيه بقدره من الدية يمسح ويعرف قدر ذلك منه كما قلنا في الاذنين ، وقد روى هذا عن عمر بن عبد العزيز والشعبي والشافعي ، وان قطع أحد المنخرين ففيه ثلث الدية ، وفي المنخرين ثلثاها وفي الحاجز بينهما الثلث

قال أحمد : في الوتر^(١) الثلث وفي الحرمه في كل واحد منهما الثلث ، وبهذا قال إسحاق وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأن المارن يشتمل على ثلاثة أشياء من جنس فتوزعت الدية على عددها كسائر ما فيه عدد من جنس من اليدين والاصابع والاجفان الأربعة ،

وحكى أبو الخطاب : وجها آخر أن في المنخرين الدية . وفي الحاجز بينهما حكومة لقول أحمد : في كل زوجين من الانسان الدية ، وهذا الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لأن المنخرين ليس في البدن لهما ثالث فأشبههما اليدين . ولأنه بقطع المنخرين أذهب الجمال كله والمنفعة فأشبهه قطع اليدين

فعلى هذا الوجه في قطع أحد المنخرين نصف الدية وان قطع معه الحاجز ففيه حكومة وان قطع نصف الحاجز أو أقل أو أكثر لم يزد على حكومة وعلى الأول في قطع أحد المنخرين ونصف الحاجز نصف الدية وفي قطع جميعه مع المنخر ثلثا الدية وفي قطع جزء من الحاجز أو أحد المنخرين بقدره من ثلث الدية يقدر بالمساحة فإن شق الحاجز بين المنخرين ففيه حكومة . فان بقي منفرجا فالحكومة فيه أكثر .

(فصل : وان قطع المارن مع القصبة ففيه الدية في قياس المذهب . وهذا مذهب مالك . ويحتمل أن تجب الدية في المارن وحكومة في القصبة ، وهذا مذهب الشافعي . لان المارن وحده موجب للدية فوجب الحكومة في الزائد . كما لو قطع القصبة وحدها مع قطع لسانه

ولنا قوله عليه السلام : في الانف اذا أوعب جدعا الدية ، ولانه عضو واحد فلم يجب به أكثر من دية ، كالذكر اذا قطع من أصله وما ذكره يبطل بهذا ويفارق ما اذا قطع لسانه وقصبته لانها عضوان فلا تدخل دية أحدهما في الآخر وأما العضو الواحد فلا يبعد أن يجب في جميعه ما يجب في بعضه ، كالذكر يجب في حشفته الدية التي تجب في جميعه وأصابع اليد يجب فيها ما يجب في اليد من الكوع وكذلك أصابع الرجل وفي الثدي كله ما في حلمته ، فأما إن قطع الانف وما تحته من اللحم ففي اللحم حكومة لانه ليس من الانف فأشبهه ما لو قطع الذكر واللحم الذي تحته (فصل) فإن ضرب أنفه فأشله ففيه حكومة ، وإن قطعه قاطع بعد ذلك ففيه دية كما قلنا في الاذن ، وقول الشافعي مهنا كقوله في الاذن على ما مضى شرحه وتبيناه ، وان ضربه فعوجه أو غير لونه ففيه حكومة في قولهم جميعا ، وفي قطعه بعد ذلك دية كاملة : وان قطعه الا جلدة بقي معلقا بها فلم يلتحم واحتيج الى قطعه ففيه دية لانه قطع جميعه ، بعضه بالمباشرة وإيقه بالتسبب . فأشبهه ما لو سرى قطع بعضه الى قطع جميعه ، وان رده فالتحم ففيه حكومة لانه لم يبن . وان أبانه فردته فالتحم فقال أبو بكر : ليس فيه الا حكومة كالتى قبلها

وقال القاضي : فيه دية . وهذا مذهب الشافعي لانه أبان أنفه فلزمته دية كما لو لم يلتحم ، ولان ما أبين قد نجس فلزمه أن يبينه بعد التحامه ، ومن قال بقول أبي بكر منع نجاسته ووجوب إباته ، لان أجزاء الأدمى كجملته ، بدليل سائر الحيوانات وجملته طاهرة وكذلك أجزاءه

(فصل) وان قطع أنفه فذهب شبه فعلية ديثان ، لان الشم في غير الانف فلا تدخل دية أحدهما في الآخر ، كالسمع مع الاذن ، والبصر مع أجفان العينين ، والنطق مع الشفتين ، وان قطع أنف الاخشم وجبت دية لان ذلك عيب في غير الانف فأشبهه ما ذكرنا

« مسألة ، قال (وفي الشفتين الدية) »

لا خلاف بين أهل العلم أن في الشفتين الدية ، وفي كتاب عمرو بن حزم الذي كتبه له رسول الله صلى الله عليه وسلم « وفي الشفتين الدية » ، ولأنهما عضوان ليس في البدن مثلهما فيها جمال ظاهر ومنفعة كاملة فإيهما طبق على الفم تقيانه ما يؤذيه ويستتران الأسنان ويردان الريق وينفخ بهما ويتم بهما الكلام فإن فيها بعض مخارج الحروف فتجب فيهما الدية كاليدين والرجلين وظاهر المذهب أن في كل واحدة منهما نصف الدية ، وروى هذا عن أبي بكر وعلى رضي الله عنهما واليه ذهب أكثر الفقهاء .

وروى عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أن في العليا ثلث الدية ، وفي السفلى الثلثين ، لأن هذا يروى عن زيد بن ثابت ، وبه قال سعيد بن المسيب والزهرى ولأن المنفعة بهما أعظم لأنها التي تدور وتتحرك وتحفظ الريق والطعام والعليا ساكنة لا حركة فيها . ولنا قول أبي بكر وعلى رضي الله عنهما ، ولأن كل شيتين وجبت فيهما الدية وجب في أحدهما نصفها كسائر الأعضاء ، ولأن كل ذي عدد وجبت فيه الدية سوى بين جميعه فيها كالأصابع والأسنان ولا اعتبار بزيادة النفع بدليل ما ذكرنا من الأصل .

(فصل) فإن ضربهما فأشلهما وجبت ديتهم لأنه أتلف منفعتهم فوجبت ديتهم كما لو أشل يديه وإن تقلستا فلم تنطبقا على الأسنان أو استرختا فصارتا لا تنفصلان عن الأسنان ففيهما الدية لأنه عطل منفعتهم وجمالهما وإن تقلستا بعض التقليس وجبت الحكومة ، لأن منافعهما لم تبطل بالكلية .

(فصل) حد الشفة السفلى من أسفل ما تجافي عن الأسنان واللثة مما ارتفع عن جلدة الذقن ، وحد العليا من فوق ما تجافي عن الأسنان واللثة إلى اتصاله بالمنخرين والحاجز ، وحدهما طولا طول الفم إلى حاشية الشدين وإست حاشية الشدين منهما

« مسألة ، قال (وفي اللسان المتكلم به الدية) »

أجمع أهل العلم على وجوب الدية في لسان الناطق . وروى ذلك عن أبي بكر

وعمر وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم ، وبه قال أهل المدينة وأهل الكوفة وأصحاب الرأي وأصحاب الحديث وغيرهم .

وفى كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم « وفى اللسان الدية ، ولأن فيه جمالا ومنفعة فأشبهه الأتف ، فأما الجمال : فقد روى أن النبي (ص) سئل عن الجمال فقال « فى اللسان » ويقال جمال الرجل فى لسانه والمرء بأصغريه قلبه ولسانه ويقال ما الإنسان لولا اللسان إلا صورة مثله أو بهيمة مهملة ، وأما النفع فإن به تبلغ الأغراض وتستخلص الحقوق وتدفع الآفات وتقضى به الحاجات وتم العبادات فى القراءة والذكر والشكر والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والتعليم والدلالة على الحق المبين والصراط المستقيم وبه يذوق الطعام ويستعين فى مضغه وتقليبه وتنقية الفم وتنظيفه فهو أعظم الأعضاء نفعا وأتمها جمالا فأيجاب الدية فى غيره تنبيه على إيجابها فيه وإنما تجب الدية فى لسان الناطق فإن كان أخرس لم تجب فيه دية كاملة بغير خلاف لذهاب نفعه المقصود منه كاليد الشلاء والعين القائمة .

(فصل)

وفى الكلام الدية فاذا جنى عليه فخرس وجبت ديته ، لأن كل ما تعلقت الدية باتلافه تعلقت باتلاف منفعته كاليد ، فأما أن جنى عليه فأذهب ذوقه ، فقال أبو الخطاب . فيه الدية ، لأن الذوق حاسة فأشبهه الشم ، وقياس المذهب أنه لا دية فيه فإنه لا يختلف فى أن لسان الأخرس لا تجب فيه الدية ، وقد نص أحمد رحمه الله على أن فيه ثلث الدية ولو وجب فى الذوق دية لوجب فى ذهابه مع ذهاب اللسان بطريق الأولى .

واختلف أصحاب الشافعى فمنهم من قال قد نص الشافعى على وجوب الدية فيه ومنهم من قال لا نص له فيه ومنهم من قال قد نص على أن فى لسان الآخر حكومة وإن ذهب الذوق بذهابه ؛ والصحيح إن شاء الله أنه لا دية فيه لأن فى إجماعهم على أن لسان الأخرس لا تكمل الدية فيه إجماعا على أنها لا تكمل فى ذهاب الذوق بفردة لأن كل عضو لا تكمل الدية فيه بمنفعته لا تكمل بمنفعته دونه كسائر الأعضاء ولا تفريع على هذا القول .

فأما على الأول فاذا ذهب ذوقه كله ففيه دية كاملة ، وإن نقص نقصا غير مقدر بأن يحس المذاق كله إلا أنه لا يدركه على الكمال ففيه حكومة كما لو نقص بصره نقصا لا يتقدر وإن كان نقصا يتقدر بأن لا يدرك بأحد المذاق الخمس وهي الحلاوة والمرارة والحوضة والملوحة والعذوبة ويدرك بالباقي ففيه خمس الدية وفي اثنين خمسها ، وفي ثلاث ثلاثة أخماسها وإن لم يدرك بواحدة ونقص الباقي فعليه خمس الدية وحكومة لنقص الباقي .

وإن قطع لسان آخرس فذهب ذوقه ففيه الدية لا تلافه الذوق وإن جنى على لسان ناطق فأذهب كلامه وذوقه ففيه ديتان وإن قطعه فذهبها معاً ففيه دية واحدة لأنهما يذهبان تبعاً لذهابه فوجبت ديته دون ديتيها كما لو قتل إنساناً لم تجب إلا دية واحدة ولو ذهبت منافعه مع بقاءه ففي كل منفعة دية .

(فصل)

وإن ذهب بعض الكلام وجب من الدية بقدر ما ذهب يعتبر ذلك بحروف المعجم وهي ثمانية وعشرون حرفاً سوى لا فإن مخرجها مخرج اللام والالف فهما نقص من الحروف وجب من الدية بقدره لأن الكلام يتم بجميعها فالذهاب يجب أن يكون عوضه من الدية كقدره من الكلام ففي الحرف الواحد ربع سبع الدية وفي الحرفين نصف سبعها وفي الأربعة سبعها ولا فرق بين ما خف من الحروف على اللسان وما ثقل لأن كل ماوجب فيه المقدر لم يختلف باختلاف قدره كالأصابع ويحتمل أن تقسم الدية على الحروف التي للسان فها عمل دون الشفة وهي أربعة الباء والميم والفاء والواو دون حروف الحلق الستة الهمزة والهاء والحاء والخاء والعين والغين فهذه عشرة بقي ثمانية عشر حرفاً للسان تنقسم ديته عليها لأن الدية تجب بقطع اللسان وذهاب هذه الحروف وحدها مع بقاءه فإذا وجبت الدية فيها بمفردها وجب في بعضها بقسطه منها ففي الواحد نصف سبع الدية وفي الاثنين تسعها وفي الثلاثة سدسها ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي .

وإن جنى على شفته فذهب بعض الحروف وجب فيه بقدره ، وكذلك إن ذهب بعض حروف الحلق بجنايته وينبغي أن تجب بقدره من الثمانية والعشرين وجهاً واحداً ، وإن ذهب حرف فعبز عن كلمة لم يجب غير أرش الحرف لأن

الضمان إنما يجب لما تلف ، وإن ذهب حرف فأبدل مكانه حرفاً آخر كأنه يقول درهم فصار يقول دلهم أو دعهم أو ديهم فعليه ضمان الحرف الذاهب لأن ما تبدل لا يقوم مقام الذاهب في القراءة ولا غيرها فإن جنى عليه فذهب البديل وجبت دية أيضاً لأنه أصل ، وإن لم يذهب شيء من الكلام لكن حصلت فيه عجلة أو تنمة أو فافاة فعليه حكمومه لما حصل من النقص والشين ولم تجب الدية لأن المنفعة باقية .

وإن جنى عليه جان آخر فأذهب كلامه ففيه الدية كاملة كما لو جنى على عينه جان فعمشت ثم جنى عليها آخر فذهب ببصرها ، وإن أذهب الأول بعض الحروف وأذهب الثاني بقيه الكلام فعلى كل واحد منهما بقسطه كما لو ذهب الأول ببصر إحدى العينين وذهب الآخر ببصر الأخرى ، وإن كان الشئ من غير جنابه عليه فذهب إنسان بكلامه كله ، فإن كان مأیوساً من زوال لثغته ففيه بقسط ما ذهب من الحروف ، وإن كان غير مأیوس من زوالها كالصبي ففيه الدية كاملة لأن الظاهر زوالها وكذلك الكبير إذا أمكن إزالة لثغته بالتعليم .

(فصل إذا قطع بعض لسانه فذهب بعض كلامه فإن استويا مثل أن يقطع ربع لسانه فيذهب ربع كلامه وجب ربع الدية بقدر الذاهب منهما كما لو قلع إحدى عينيه فذهب بصرها .

وإن ذهب من أحدهما أكثر من الآخر كان قطع ربع لسانه فذهب نصف كلامه أو قطع نصف لسانه فذهب ربع كلامه وجب بقدر الأكثر وهو نصف الدية في الحالين لأن كل واحد من اللسان والكلام مضمون بالديه منفرداً فإذا انفرد نصفه بالذهاب وجب النصف ، ألا ترى أنه لو ذهب نصف الكلام ولم يذهب من اللسان شيء وجب نصف الدية ولو ذهب نصف اللسان ولم يذهب من الكلام شيء وجب نصف الدية ، وإن قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام وجب نصف الدية فإن قطع آخر بقيه اللسان فذهبت بقيه الكلام ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : عليه نصف الدية هذا قول القاضي وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن السالم نصف اللسان وباقيه أشل بدليل ذهاب نصف الكلام .

والثاني : عليه نصف الدية وحكومه للربع الاًشـل لانه لو كان جميعه أشـل
لكانت فيه حكومه - أو ثلث الدية فاذا كان بعضه أشـل ففى ذلك البعض حكومه
أيضاً . الثالث : عليه ثلاثة أرباع الدية وهذا الوجه الثانى لأصحاب الشافعى لانه
قطع ثلاثة أرباع لسانه فذهب ربع كلامه فوجبـت عليه ثلاثة أرباع الدية كما لو
قطعه أولاً ولا يصح القول بأن بعضه أشـل لأن العضو متى كان فيه بعض النفع
لم يكن بغضه أشـل كالعين اذا كان بصرها ضعيفاً واليد اذا كان بطشها ناقصاً ،
وان قطع نصف لسانه فذهب ربع كلامه فعليه نصف دية فان قطع الآخر
بقيته فعليه ثلاثة أرباع الدية ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى والآخر عليه
نصف الدية لانه لم يقطع الاً نصف لسانه .

ولنا . أنه ذهب ثلاثة أرباع الكلام فلزمه ثلاثة أرباع دية كما لو ذهب
ثلاثة أرباع الكلام بقطع نصف اللسان الأول ولانه لو أذهب ثلاثة أرباع
الكلام مع بقاء اللسان لزمه ثلاثة أرباع الدية فلأن تجب بقطع نصف اللسان
فى الأول أولى ولو لم يقطع الثانى نصف اللسان لكن جنى عليه جنايه أذهب
بقية كلامه مع بقاء لسانه لكان عليه ثلاثة أرباع دية لانه ذهب بثلاثة أرباع
ما فيه الدية وكان عليه ثلاثة أرباع الدية كما لو جنى على صحيح فذهب بثلاثة أرباع
كلامه مع بقاء لسانه .

(فصل) واذا قطع بعض لسانه عمداً فاقصر المجنى عليه من مثل ما جنى عليه
به فذهب من كلام الجانى مثل ما ذهب من كلام المجنى عليه وأكثر فقد استوفى
حقه ولا شىء فى الزائد لانه من سرابة القود وسرابة القود غير مضمونه ، وان
ذهب أقل فللمقتص دية ما بقى لانه لم يستوف بدله .

(فصل) واذا قطع لسان صغير لم يتكلم لطفوليته وجبت دية ، وبهذا قال
الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا تجب لانه لسان لا كلام فيه فلم تجب فيه دية
كلسان الاًخرس .

ولنا أن ظاهره السلامه وانما لم يتكلم لانه لا يحسن الكلام فوجبـت به الدية
كالكبير ويخالف الاًخرس فانه علم أنه أشـل ، ألا ترى أن أعضائه لا يبطش بها
وتجب فيها الدية ؟ وان بلغ حداً يتكلم مثله فلم يتكلم فقطع لسانه لم تجب فيه الدية

لان الظاهر أنه لا يقدر على الكلام ويجب فيه ما يجب في لسان الاخرس ، وان
كبر فنطق ببعض الحروف وجب فيه بقدر ما ذهب من الحروف ، لاننا تبينا أنه
كان ناطقا ، وان كان قد بلغ الى حد يتحرك بالبكاء وغيره فلم يتحرك فقطعه قاطع
فلا دية فيه ، لان الظاهر أنه لو كان صحيحا لتحرك وان لم يبلغ الى حد يتحرك ففيه
الدية لان الظاهر سلامته ، وان قطع لسان كبير وادعى أنه كان أخرس ففيه مثل
ما ذكرناه فيما اذا اختلفا في شلل العضو المقطوع على ما ذكرناه فيما مضى

(فصل) وان جنى عليه فذهب كلامه أو ذوقه ثم عاد لم تجب الدية لاننا تبينا
أنه لم يذهب ، ولو ذهب لم يعد وان كان قد أخذ الدية ردها ، وان قطع لسانه فعاد
لم تجب الدية أيضاً وان كان قد أخذها ردها ، قاله أبو بكر وظاهر مذهب
الشافعي أنه لا يرد الدية لان العادة لم تجر بعوده واختصاص هذا بعوده يدل
على أنه هبة مجددة

ولنا أنه عاد ما وجبت فيه الدية فوجب رد الدية كالاسنان وسائر ما يعود ؛
وان قطع انسان نصف لسانه فذهب كلامه كله ثم قطع آخر بقيته فعاد كلامه لم
يجب رد الدية لان الكلام الذي كان باللسان قد ذهب ولم يعد الى اللسان ، وانما
عاد في محل آخر بخلاف التي قبلها ، وان قطع لسانه فذهب كلامه ثم عاد اللسان
دون الكلام لم يرد الدية لانه قد ذهب ما تجب الدية فيه بانفراده ، وان عاد كلامه
دون لسانه لم يرد ما أيضاً لذلك

(فصل) واذا كان للسان طرفان فقطع أحدهما فذهب كلامه ففيه الدية لان
ذهاب الكلام بمفرده يوجب الدية ، وان ذهب بعض الكلام نظرت فإن كان
الطرفان متساويين وكان ما قطعه بقدر ما ذهب من الكلام وجب وان كان
أحدهما أكبر وجب الاكثر على ما مضى ، وان لم يذهب من الكلام شيء وجب
بقدر ما ذهب من اللسان من الدية ، وان كان أحدهما منحرفاً عن سمت اللسان
فهو خلقة زائدة وفيه حكومة ، وان قطع جميع اللسان وجبت الدية من غير
زيادة سواء كان الطرفان متساويين أو مختلفين ، وقال القاضي ان كانا متساويين
ففيها الدية ، وان كان أحدهما منحرفاً عن سمت اللسان وجبت الدية وحكومة
في الخلقة الزائدة

ولنا أن هذه الزيادة عيب ونقص يرد بها المبيع وينقص من ثمنه فلم يجب فيها شيء كالسلعة في اليد وربما عاد القولان إلى شيء واحد ، لأن الحكومة لا يخرج بها شيء إذا كانت الزيادة عيباً .

« مساله ، قال (وفي كل سن خمس من الإبل إذا قلعت عن قد أثر والأضراس والأنياب كالأسنان)

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أن دية الأسنان خمس خمس في كل سن ، وقد روى ذلك عن عمر بن الخطاب وابن عباس ومعاوية وسعيد بن المسيب وعروة وعطاء وطاوس والزهرى وقتادة ومالك والثوري والشافعى وإسحاق وأبي حنيفة ومحمد بن الحسن .

وفي كتاب عمرو بن حزم عن النبي صلى الله عليه وسلم : في السن خمس من الإبل ، رواه النسائي وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي (ص) قال : في الأسنان خمس خمس ، رواه أبو داود

فأما الأضراس والأنياب فأكثر أهل العلم على أنها مثل الأسنان ، منهم عروة وطاوس وقتادة والزهرى ومالك والثوري والشافعى وإسحاق وأبو حنيفة ومحمد ابن الحسن . وروى ذلك عن ابن عباس ومعاوية . وروى عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الأضراس بعير بعير . وعن سعيد بن المسيب أنه قال : لو كنت أنا لجعلت في الأضراس بعيرين بعيرين فتلك الدية سواء ، وروى ذلك مالك في موطنه وعن عطاء نحوه .

وحكى عن أحمد رواية أن في جميع الأسنان والأضراس الدية فيتعين حمل هذه الرواية على مثل قول سعيد للاجماع على أن في كل سن خمسا من الإبل ، وورد الحديث به فيكون في الأسنان ستون بعيراً ، لأن فيه اثني عشر سناً أربع ثنايا وأربع رباعيات وأربعة أنياب فيها خمس خمس وفيه عشرون ضرساً في كل جانب عشرة خمسة من فوق وخمسة من أسفل فيكون فيها أربعون بعيراً في كل ضرس بعيران فتكمل الدية ، وحجة من قال هذا أنه ذو عدد يجب فيه الدية فلم تزد دية على دية الإنسان كالأصابع والأجفان وسائر ما في البدن ولأنها تشتمل

على منفعة جنس فلم تزد ديتها على الدية كسائر منافع الجنس ، ولان الاضرار
تختص بالمنفعة دون الجمال والاسنان فيها منفعة وجهال فاختلفا في الارش .

ولنا ما روى أبو داود بإسناده عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال : الاصابع سواء والاسنان سواء الثانية والضرر سواء هذه وهذه سواء ، وهذا
نص ، وقوله في الاحاديث المتقدمة ، في الاسنان خمس خمس ، ولم يفصل يدخل
في عمومها الاضرار لانها أسنان ، ولان كل دية وجبت في جملة كانت مقسومة
على العدد دون المنافع كالاصابع والاجفان والشففتين ، وقد أوما ابن عباس الى
هذا فقال لا اعتبرها بالاصابع ، فأما ما ذكره من المعنى فلا بد من مخالفة القياس
فيه ، ذهب الى قولنا خالف المعنى الذي ذكره ، ومن ذهب الى قولهم خالف
التسوية الثابتة بقياس سائر الاعضاء من جنس واحد فكان ما ذكرناه مع موافقة
الاخبار ، وقول أكثر أهل العلم أولى .

وأما على قول عمر أن في كل ضرر بعيراً فيخالف القياسين جميعاً والاخبار
فإنه لا يوجب الدية الكاملة وإنما يوجب ثمانين بعيراً ويخالف بين الاعضاء
المتجانسة ، وإنما يجب هذا الضمان في سن من قد ثغر وهو الذي أبدل أسنانه وبلغ
حداً اذا قلعت سنه لم يعد بدلها ، يقال : ثغر وأثغر وأثغر إذا كان كذلك ، فأما
سن الصبي الذي لم يثغر فلا يجب بقلعها في الحال شيء ، هذا قول مالك والشافعي
وأصحاب الرأي ولا أعلم فيه خلافاً ، وذلك لان العادة عود سنه فلم يجب فيها في
الحال شيء كتف شعره ، لكن ينتظر عودها فإن مضت مدة يأس من عودها
وجبت ديتها ، قال أحمد : يتوقف سنة لانه الغالب في ثنائها .

وقال القاضى . اذا سقطت أخواتها ولم تعد هي أخذت الدية وإن نبت مكانها
أخرى لم تجب ديتها ، كما لو تنف شعره فعاد مثله ، لكن ان عادت قصيرة أو
مشوهة ففيها حكومة لان الظاهر أن ذلك بسبب الجناية عليها ، فإن أمكن تقدير
نقصها عن نظيرتها ففيها من ديتها بقدر ما نقص ، وكذلك ان كانت فيها ثلثه أمكن
تقديرها ففيها بقدر ما ذهب منها ، كما لو كسر من سنه ذلك القدر ، وان نبتت
أكبر من أخواتها ففيها حكومة لان ذلك عيب .

وقيل فيها وجه آخر لا شيء فيها لان هذا زيادة ، والصحيح الاول لان ذلك

شين حصل بسبب الجناية فأشبهه نقصها وإن نبتت مائله عن صف الاسنان بحيث لا ينتفع بها ففيها ديتها لأن ذلك كذهاها ، وإن كانت ينتفع بها ففيها حكومة للشين الحاصل بها ونقص نفعها ، وإن نبتت صفراء أو حمراء أو متغيرة ففيها حكومة لنقص جمالها ، وإن نبتت سوداء أو خضراء ففيها روايتان حكاهما القاضي إحداهما فيها ديتها .

والثانية : فيها حكومة ، كما لو سودها من غير قلعها ، وإن مات الصبي قبل اليأس من عود سنه ففيه وجهان .

أحدهما : لا شيء له ، لأن الظاهر أنه لو عاش لعادت فلم يجب فيها شيء ، كما لو نتف شعره .

والثاني فيها الدية لأنه قلع سنأ وأيس من عودها فوجبت ديتها ، كما لو مضى زمن تعود في مثله فلم تعد ، وإن قلع سن من قد ثغر وجبت ديتها في الحال لأن الظاهر أنها لا تعود فإن عادت لم تجب الدية وإن كان قد أخذها ردها ، وبهذا قال أصحاب الرأي .

وقال مالك : لا يرد شيئاً لأن العادة أنها لا تعود فمتى عادت كانت هبة من الله تعالى مجدة فلا يسقط بذلك ما وجب له بقلع سنه وعن الشافعي كالمذهبين . ولنا أنه عاد له في مكانها مثل التي قلعته فلم يجب له شيء كالذي لم يشغر ، وإن عادت ناقصة أو مشوهة لحكمها حكم سن الصغير إذا عادت على ما ذكرنا ، ولو قلع سن من لم يشغر فمضت مدة يأس من عودها وحكم بوجوب الدية فعادت بعد ذلك سقطت الدية وردت إن كانت أخذت كسن الكبير إذا عادت .

فصل

وتجب دية السن فيما ظهر منها من اللثة ، لأن ذلك هو المسمى سناً ، وما في اللثة منها يسمى سنخاً ، فإذا كسر السن ثم جاء آخر فقلع السنخ ففي السن ديتها وفي السنخ حكمومه ، كما لو قطع إنسان أصابع رجل ثم قطع آخر كفه ، وإن قلعها الآخر بسنخها لم يجب فيها أكثر من ديتها ، كما لو قطع اليد من كوعها ، وإن فعل ذلك في مرتين فكسر السن ثم عاد فقلع السنخ فعليه ديتها وحكمومه ،

لان ديتها وجبت بالاول ثم وجب عليه بالثاني حكومة كما لو فعله غيره ، وكذلك لو قطع الاصابع ثم قطع الكف

وان كسر بعض الظاهر ففيه من دية السن بقدره ، وان كان ذهب النصف وجب نصف الارش وان كان الذاهب الثلث وجب الثلث ، وان جاء آخر فكسر بقيتها فعليه بقية الارش فان قلع الثاني بقيتها بسنخها نظرنا فان كان الاول كسرها عرضا فليس على الثاني للسنخ شيء لانه تابع لما قلعه من ظاهر السن فصار كما لو قطع الاول من كل إصبع من أصابعه أتملة ثم قطع الثاني يده من السكوع ، وان كان الاول كسر نصف السن طولا دون سنخه لجاء الثاني فقطع الباقي بالسنخ كله فعليه دية النصف الباقي وحكومة لنصف السنخ الذي بقي لما كسره الاول كما لو قطع الاول إصبعين من يده ثم جاء الثاني فقطع الكف كله

فان اختلف الثاني والمجنى عليه فيما قلعه الاول فالقول قول المجنى عليه لان الاصل سلامة السن ، وان انكشفت اللثة عن بعض السن فالدية في قدر الظاهر عادة دون ما انكشف على خلاف العادة ، وان اختلفا في قدر الظاهر اعتبر ذلك بأخواتها فان لم يكن لها شيء يعتبر به ولم يمكن أن يعرف ذلك أهل الخبرة فالقول قول الجاني لان الاصل برامة ذمته .

(فصل : وان قلع سنا مضطربة لكبر أو مرض وكانت منافعها باقية من المضنع وضغط الطعام والريق وجبت ديتها وكذلك ان ذهب بعض منافعها وبقي بعضها لان جمالها وبعض منافعها باق فكل ديتها كاليد المريضة ويد الكبير ، وان ذهبت منافعها كلها فهي كاليد الشلاء على ما سذكروه ان شاء الله تعالى ، وان قلع سنا فيها داء أو آكلة فان لم يذهب شيء من أجزائها وجب فيها دية السن الصحيحة لانها كاليد المريضة وان سقط من أجزائها شيء سقط من ديتها بقدر الذاهب منها ووجب الباقي ، وان كان إحدى ثنتيه قصيرة تنقص من ديتها بقدر نقصها كما لو نقصت بكسرها

(فصل : فان جنى على سنه جان فاضطربت وطالت عن الاسنان وقيل انها تعود الى مدة ما كانت عليه انتظرت اليها فان ذهبت وسقطت وجبت ديتها

ابن مروان والنخعي ومالك والليث وعبد العزيز بن أبي سبرة والثوري وأصحاب الرأي وهو أحد قولي الشافعي .

والرواية الثانية : عن أحد أنه إن أذهب منفعتها من المضع عليها ونحوه ففيها ديتها وإن لم يذهب نفعها ففيها حكومة ، وهذا قول القاضي . والقول الثاني للشافعي وهو المختار عند أصحابه لأنه لم يذهب بمنفعتها فلم تكمل ديتها كما لو اصفرت ولأنه قول زيد بن ثابت ولم يعرف له مخالف في الصحابة فكان إجماعاً ، ولأنه أذهب الجمال على الكمال فأكمل ديتها كما لو قطع أذن الأصم وأنف الأخرس فأما إن اصفرت أو احمرت لم تكمل ديتها لأنه لم يذهب الجمال على الكمال وفيها حكومة وإن اخضرت احتمل أن يكون كتسويدها لأنه يذهب بجمالها ، واحتمل أن لا يجب فيها إلا حكومة ، لأن ذهاب جمالها بتسويدها أكثر فلم يلحق به غيره كما لو حمرها فعلى قول من أوجب ديتها متى قلعت بعد تسويدها ففيها ثلث ديتها أو حكومة على ما سذكروه فيما بعد وعلى قول من لم يوجب فيها إلا حكومة يجب في قلعتها ديتها كما لو صفرها .

(فصل) وإن جنى على سنه فذهبت حدتها وكلت ففي ذلك حكمه وعلى قائلها بعد ذلك دية كاملة لأنها سن صحيحة كاملة فأكملت ديتها كالمضطربة ، وإن ذهب منها جزء ففي الذاهب بقدره وإن قلعتها قلع نقص من ديتها بقدر ما ذهب كما لو كسر منها جزء .

(فصل) وفي اللحيين الدية وهما العظمان اللذان فيهما الأسنان السفلى لأن فيهما نفعاً وجمالاً وليس في البدن مثلهما فكانت فيهما الدية كسائر ما في البدن منه شيئان وفي أحدهما نصفها كالواحد مما في البدن منه شيئان وإن قلعهما بما عليهما من الأسنان وجبت عليه ديتهما ودية الأسنان ولم تدخل دية الأسنان في ديتهما كما تدخل دية الأصابع في دية الوجه لوجوه ثلاثه .

أحدها : أن الأسنان مغروزة في اللحيين غير متصلة بهما بخلاف الأصابع . والثاني : أن كل واحد من اللحيين والأسنان يتفرد باسمه ولا يدخل أحدهما في اسم الآخر بخلاف الأصابع والكف فإن اسم اليد يشملهما .

والثالث : أن اللحيين توجدان قبل وجود الأسنان في الحلقة وتبقيان بعد ذهابها في حق الكبير ومن تقلعت أسنانه عادة بخلاف الأصابع والكف .

« مسألة ، قال (وفي اليدين الدية) »

أجمع أهل العلم على وجوب الدية في اليدين ووجوب نصفها في إحداهما ؛ وروى عن معاذ بن جبل رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية » .

وفي كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر و بن حزم « وفي اليد خمسون من الإبل ، ولأن فيها جمالا ظاهرا ومنفعة كاملة وليس في البدن من جنسهما غيرهما فكان فيهما الدية كالعينين واليد التي تجب فيها الدية من الكوع لأن اسم اليد عند الإطلاق ينصرف اليها بدليل أن الله تعالى لما قال (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) كان الواجب قطعهما من الكوع ، وكذلك التيمم يجب فيه مسح اليدين إلى الكوعين فإن قطع يده من فوق الكوع مثل أن يقطعها من المرفق أو نصف الساعد فليس عليه إلا دية اليد نص عليه أحمد في رواية أبي طالب ، وهذا قول عطاء وقتادة والنخعي وابن أبي ليلى ومالك ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي ؛ وظاهر مذهبه عند أصحابه أنه يجب مع دية اليد حكمومه لما زاد لأن اسم اليد لها إلى الكوع ؛ ولأن المنفعة المقصودة في اليد من البطش والاختذ والدفع بالكف وما زاد تابع للكف والدية تجب في قطعها من الكوع بغير خلاف فتجب في الزائد حكمومه كما لو قطعه بعد قطع الكف .

قال أبو الخطاب ، وهذا قول القاضي . ولنا أن اليد اسم للجميع إلى المنكب بدليل قوله تعالى (وأيديكم إلى المرافق) ولما نزلت آية التيمم مسحت الصحابة إلى المناكب ، وقال ثعلب اليد إلى المنكب وفي عرف الناس أن جميع ذلك يسمى يدا فإذا قطعها من فوق الكوع فما قطع إلا يدا فلا يلزمه أكثر من ديتها .

فأما قطعها في السرقة فلأن المقصود يحصل به وقطع بعض الشيء يسمى قطعاً له كما يقال قطع ثوبه إذا قطع جانباً منه وقولهم إن الدية تجب في قطعها من الكوع

قلنا وكذلك تجب بقطع الأصابع منفردة ولا يجب بقطعها من الكوع أكثر مما يجب في قطع الأصابع والذكر يجب في قطعه من أصله مثل ما يجب بقطع حشفته ، فأما إذا قطع اليد من الكوع ثم قطعها من المرفق وجب في المقطوع ثانياً حكمه لأنه وجبت عليه دية اليد بالقطع الأول فوجبت بالثاني حكمه كما لو قطع الأصابع ثم قطع الكف أو قطع حشفة الذكر ثم قطع بقيته أو كما لو فعل ذلك اثنان .

(فصل) فإن جنى عليها فأشلهما وجبت عليه ديتها لأنه فوت منفعتها فلزمته ديتها كما لو أعمى عينه مع بقائها أو أخرس لسانه ، وإن جنى على يده فعوجها أو نقص قوتها أو شانهما فعليه حكمه لنقصها ، وإن كسرهما ثم انجبرت مستقيمة وجبت حكمه أشدهما إن شانهما ذلك وإن عادت معوجهة فالحكمه أكثر لأن شينها أكثر ، وإن قال الجاني أنا كسرهما ثم أجبرها مستقيمة لم يمكن من ذلك لأنها جناية ثانية ، فإن كسرهما تعدياً ثم جبرها فاستقامت لم يسقط ما وجب من الحكمه في اعوجاجها لأن ذلك اشتقر حين انجبرت عوجاء وهذه جناية ثانية والجبر الثاني لها دون الأولى ولا يشبه هذا ما إذا ذهب ضوء عينه ثم عاد لأننا تبينا أن الضوء لم يذهب وإنما حال دونه حائل وهما بخلافه وتجب الحكمه في الكسر الثاني لأنها جناية ثانية ؛ ويحتمل أن لا تجب لأنه أزال ضرر العوج منها فكان نفعاً فأشبه ما لو جنى عليه بقطع سلعه أزالها عنه .

(فصل) فإن كان له كفان في ذراع أو يداً على عضد واحداهما باطشه دون الأخرى أو إحداهما أكثر بطشاً أو في سمت الذراع والأخرى منحرفة عنه أو إحداهما تامة والأخرى ناقصة فالأولى هي الأصلية والأخرى زائدة ففي الأصلية ديتها والقصاص بقطعها عمداً والأخرى زائدة فيها حكمه سواء قطعها مفردة أو قطعها مع الأصلية .

وعلى قول ابن حامد لا شيء فيها لأنها عيب فهي كالسلعه في اليد وإن استويا من كل الوجوه فإن كانتا غير باطشتين ففيهما ثلث دية اليد أو حكمه ولا تجب دية اليد كاملة لأنهما لا نفع لهما ففيهما كاليد السلاء وإن كانتا باطشتين ففيهما جميعاً دية اليد وهل تجب حكمه مع ذلك ؟ على وجهين بناء على الزائدة هل فيها

حكومة أم لا ؟ وان قطع احدها فلا قود لاحتمال أن تكون هي الزائدة فلا تقطع الاصلية بها وفيها نصف ما فيهما اذا قطعنا لتساويهما وان قطع أصبعاً من أحدهما وجب أرش نصف أصبع وفي الحكومة وجهان وان قطع ذو اليد التي لها طرفان يداً مفردة وجب القصاص فيهما على قول ابن حامد ، لان هذا نقص لا يمنع القصاص كالسلة في اليد وعلى قول غيره لا يجب لثلاث يأخذ يدين بيد واحدة ولا تقطع إحداهما لانا لا نعرف الاصلية فتأخذها ولا تأخذ زائدة بأصلية

فأما إن كان له قدمان في رجل واحدة فالحكم على ما ذكرناه في اليدين فإن كانت إحدى القدمين أطول من الأخرى وكان الطويل مساوياً للرجل الأخرى فهو الأصلي وان كان زائداً عنها والآخر مساوياً للرجل الأخرى فهو الأصلي وان كان له في كل رجل قدمان يمكنه المشي على الطويلتين مشياً مستقيماً فهما الاصليان وان لم يمكنه فقطعاً وأمكنه المشي على القصيرين فهما الاصليان والآخران زائدان وان أشل الطويلتين ففيهما الدية لان الظاهر أنهما الاصليان فإن قطعهما قاطع فأمكنه المشي على القصيرتين تبين أنهما الاصليان وان لم يمكنه فالطويلان هما الاصليان

« مسأله ، قال (وفي الثديين الدية سواء كان من رجل أو امرأة) »

أما ثدي المرأة ففيهما ديتهما ، لا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً وفي الواحد منهما نصف الدية ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن في ثدي المرأة نصف الدية وفي الثديين الدية وعن حفظنا ذلك عنه الحسن والشعبي والزهري ومكحول وقتادة ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولان فيهما جمالا ومنفعة فأشبهها اليدين والرجلين وفي أحدهما نصف الدية لان كل عضوين وجبت الدية فيهما وجب في أحدهما نصفها كاليدين وفي قطع حلتى الثديين ديتهما نص عليه أحمد رحمه الله ، وروى نحو هذا الشعبي والنخعي والشافعي وقال مالك والثوري ان ذهب اللبن وجبت ديتهما والا وجبت حكومة بقدر شينه ونحوه قال قتادة اذا ذهب الرضاع بقطعهما ففيهما الدية .

ولنا : أنه ذهب منهما ما تذهب المنفعة بذهابه فوجبت ديتهما كالأصابع مع الكف وحشفة الذكر وبيان ذهاب المنفعة أن بهما يشرب الصبي ويرتضع فهما

كالاصابع في الكف ، وان قطع الثدين كلهما فليس فيهما الا دية - كما لو قطع
الذكر كله ، وان حصل مع قطعهما جائفه وجب فيهما ثلث الدية مع ديتهما ، وان
حصل جائفتان وجبت دية وثلثان وان ضربهما فأشلهما ففيهما الدية ؛ كما لو أشل
يديه ، وان جنى عليهما فأذهب لنبهما من غير أن يشلهما فقال أصحابنا فيهما حكمه
وهذا قول أصحاب الشافعي ، ويحتمل أن تجب ديتهما لأنه ذهب بنفعهما فأشبه
ما لو أشلهما ، وهذا ظاهر قول مالك والثوري وقتادة

وإن جنى عليهما من صغيرة ثم ولدت فلم ينزل لها لبن سئل أهل الخبرة .
فإن قالوا ان الجنايه سبب قطع اللبن فعليه ما على من ذهب باللبن بعد وجوده .
وإن قالوا ينقطع بغير الجنايه لم يجب عليه أرشه لأن الاصل برامة ذمته فلا
يجب فيها شيء بالشك ، وان جنى عليهما فنقص لبنها أو جنى على ثدين فاهدين
فكسرهما أو صار بهما مرض ففيه حكمه لنقصه الذي نقصهما .

(فصل) فأما ثديا الرجل وهما الثديتان ففيهما الدية ، وبهذا قال اسحاق ،
وحكى ذلك قولا للشافعي .

وقال النخعي ومالك وأصحاب الرأي وابن المنذر : فيهما حكمه ، وهو ظاهر
مذهب الشافعي لأنه ذهب بالجمال من غير منفعه فلم تجب الدية ، كما لو أتلف
العين القائمة واليد الشلاء ، وقال الزهري : في حله الرجل خمس من الإبل .
وعن زيد بن ثابت فيه ثمن الدية .

ولنا أن ما وجب فيه الدية من المرأة وجب فيه من الرجل كاليدين وسائر
الاعضاء ، ولأنهما عضوان في البدن يحصل بهما الجمال ليس في البدن غيرهما من
جنسهما فوجب فيهما الدية كاليدين ، ولأنه أذهب الجمال فوجب الدية كالشعور
الأربعة عند أبي حنيفة ، وكأذني الأصم وأنف الاخشم عند الجميع ، ويفارق
العين القائمة لأنه ليس فيها جمال كامل ، ولأنها عضو قد ذهب منه ما تجب فيه
الدية فلم تكمل ديته كاليدين اذا شلتا بخلاف مسألتنا .

« مسأله » قال (وفي الاليتين الدية)

قال ابن المنذر : كل من نحفظ عنه من أهل العلم يقولون في الاليتين الدية ،

وفي كل واحدة منهما نصفها ، منهم عمرو بن شعيب والنخعي والشافعي وأصحاب الرأي ، ولأنهما عضوان من جنس فيهما جمال ظاهر ومنفعة كاملة فإنه يجلس عليهما كالوسادتين فوجب فيهما الدية وفي إحداهما نصفها كاليدين والإليتان هما ما علا وأشرف من الظهر عن استواء الفخذين وفيهما الدية إذا أخذتا إلى العظم الذي تحتكما ، وفي ذهاب بعضهما بقدره لأن ما وجبت الدية فيه وجب في بعضه بقدره فإن جهل المقدار وجبت حكومة لأنه نقص لم يعرف قدره .

(فصل)

وفي الصلب الدية إذا كسر فلم ينجهر لما روى في كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم ، وفي الصلب الدية ،

وعن سعيد بن المسيب أنه قال : مضت السنة أن في الصلب الدية ، وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وعن قال بذلك زيد بن ثابت وعطاء والحسن والزهرى ومالك . وقال القاضى وأصحاب الشافعى : ليس في كسر الصلب دية إلا أن يذهب مشيه أو جماعه فتجب الدية لتلك المنفعة لأنه عضو لم تذهب منفعته فلم تجب فيه دية كاملة كسائر الأعضاء .

ولنا الخبر ولأنه عضو ليس في البدن مثله فيه جمال ومنفعة فوجبت الدية فيه بمفرده كالأنف ، وإن ذهب مشيه بكسر صلبه ففيه الدية في قول الجميع ، ولا يجب أكثر من دية لأنها منفعة تلزم كسر الصلب غالبا فأشبه ما لو قطع رجله ، وإن لم يذهب مشيه لكن ذهب جماعه ففيه الدية أيضا . روى ذلك عن علي رضي الله عنه لأنه نفع مقصود فأشبه ذهاب مشيه . وإن ذهب جماعه ومشيه وجبت ديتان في ظاهر كلام أحمد رحمه الله في رواية ابنه عبد الله لأنهما منفعتان تجب الدية بذهاب كل واحدة منهما منفردة ، فإذا اجتمعتا وجبت ديتان كالسمع والبصر وعن أحمد فيهما دية واحدة لأنهما نفع عضو واحد فلم يجب فيها أكثر من دية واحدة ، كما لو قطع لسانه فذهب كلامه وذوقه ، وإن جبر صلبه فعادت إحدى المنفعتين دون الأخرى لم يجب إلا دية ، إلا أن تنقص الأخرى فتجب حكومه لنقصها أو تنقص من جهة أخرى فيكون فيه حكومة لذلك . وإن ادعى ذهاب

جماعه وقال رجلان من أهل الخبرة : إن مثل هذه الجناية يذهب بالجماع قال قول المجنى عليه مع يمينه لأنه لا يتوصل إلى معرفة ذلك إلا من جهته ، وإن كسر صلبه فشل ذكره اقتضى كلام أحد وجوب ديتين لكسر الصلب واحدة وللذكر أخرى ، وفي قول القاضي ومذهب الشافعي : يجب في الذكر دية وحكومة لكسر الصلب ، وإن أشل رجله ففيمها دية أيضا ، وإن أذهب ماله دون جماعه احتمل وجوب الدية . وهذا يروى عن مجاهد .

قال بعض أصحاب الشافعي : هو الذي يقتضيه مذهب الشافعي لأنه ذهب بمنفعة مقصودة فوجب الدية ، كما لو ذهب بجماعه أو كما لو قطع أثنيه أو رضىهما ، ويحتمل أن لا تجب الدية كاملة لأنه لم يذهب بالمنفعة كلها .

« مسأله ، قال (وفي الذكر الدية)

أجمع أهل العلم على أن في الذكر الدية ، وفي كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم « وفي الذكر الدية ، ولأنه عضو واحد فيه الجمال والمنفعة فكملت فيه الدية كالأنف واللسان وفي شلله دية لأنه ذهب بمنفعه أشبه ما لو أشل لسانه ، وتجب الدية في ذكر الصغير والكبير والشيخ والشاب ، سواء قدر على الجماع أو لم يقدر . فاما ذكر العنين فأكثر أهل العلم على وجوب الدية لعموم الحديث ، ولأنه غير مأیوس من جماعه وهو عضو سليم في نفسه فكملت دية كذكر الشيخ ، وذكر القاضي فيه عن أحمد روايتين .

إحداهما تجب فيه الدية لذلك ، والثانية لا تكمل دية ، وهو مذهب قتادة لأن منفعته الانزال والاحبال والجماع وقد عدم ذلك منه في حال الكمال فلم تكمل دية كالأشل ، وبهذا فارق ذكر الهبي والشيخ

واختلفت الرواية في ذكر الخصي ، فعنه فيه دية كاملة ، وهو قول سعيد بن عبد العزيز والشافعي وابن المنذر للخبر ، ولأن منفعة الذكر الجماع وهو باق فيه ، والثانية لا تجب فيه ، وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي وقتادة وإسحاق لما ذكرنا في ذكر العنين ولأن المقصود منه تحصيل النسل ولا يوجد ذلك منه

فلم يكمل دية كالأشل ، والجماع يذهب في الغالب ، بدليل أن البهائم يذهب جماعها بخصائها ، والفرق بين ذكر العنين و ذكر الخصى أن الجماع في ذكر العنين أبعد منه في ذكر الخصى والياس من الانزال متحقق في ذكر الخصى دون ذكر العنين ، فعلى قولنا لا تكمل الدية في ذكر الخصى إن قطع الذكر والانثيين دفعة واحدة أو قطع الذكر ثم قطع الانثيين لزمته ديتان ، فإن قطع الانثيين ثم قطع الذكر لم يلزمه إلا دية واحدة في الانثيين ، وفي الذكر حكومة لأنه ذكر خصى .

قال القاضي ونص أحمد على هذا ، وإن قطع نصف الذكر بالطول ففيه نصف الدية ، ذكره أصحابنا والاولى أن يجب الدية كاملة لأنه ذهب بمنفعة الجماع به فكملت دية كما لو أشله أو كسر صلبه فذهب جماعه ، وإن قطع قطعة منه مما دون الحشفة وكان البول يخرج على ما كان عليه وجب بقدر القطعة من جميع الذكر من الدية ، وإن خرج البول من موضع القطع وجب الاكثر من حصة القطعة من الدية أو الحكومة ، وإن ثقب ذكره فيما دون الحشفة فصار البول يخرج من الثقب ففيه حكومة لذلك .

مسألة ، قال (وفي الانثيين الدية)

لا نعلم في هذا خلافا وفي كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر و بن حزم « وفي البيضتين الدية ، ولأن فيهما الجمال والمنفعة ، فإن النسل يكون بهما فكانت فيهما الدية كاليدنين ، وروى الزهري عن سعيد بن المسيب أنه قال . مضت السنة أن في الصلب الدية وفي الانثيين الدية وفي إحداهما نصف الدية في قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن سعيد بن المسيب أن في اليسرى ثلثي الدية وفي اليمنى ثلثها لأن نفع اليسرى أكثر لأن النسل يكون بها .

ولنا أن ما وجبت الدية في شيئين منه وجب في أحدهما نصفها كاليدنين وسائر الاعضاء ولأنهما ذو عدد تجب فيه الدية فاستوت ديتهما كالاصابع ، وما ذكره ينتقض بالاصابع ؛ والاجفان تستوى دياتهما مع اختلاف نفعهما ثم يحتاج الى إثبات ذلك الذي ذكره ، وإن رض أنثيه أو أشلمها كملت ديتهما كما لو أشل يديه أو ذكره فإن قطع أنثيه فذهب نسله لم يجب أكثر من دية لأن ذلك

نفعها فلم تزد الدية بذهابه معها كالبصر مع ذهاب العينين ، والبطش مع ذهاب الرجلين ، وان قطع إحداها فذهب النسل لم يجب أكثر من نصف الدية لان ذهابه غير متحقق

« مسأله ، قال (وفي الرجلين الدية)

أجمع أهل العلم على أن في الرجلين الدية وفي إحداها نصفها ، روى ذلك عن عمر وعلي ، وبه قال قتادة ومالك وأهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وقد ذكرنا الحديث والمعنى فيما تقدم وفي تفصيلها مثل ما ذكرنا من التفصيل في اليدين سواء ، ومفصل الكعبين ههنا مثل مفصل الكوعين في اليدين

(فصل) وفي قدم الأعرج ويد الأعسم الدية لان العرج لمعنى في غير القدم والعسم الأعوجاج في الرسنع ، وليس ذلك عيبا في قدم ولا كف فلم يمنع ذلك كمال الدية فيهما ، وذكر أبو بكر أن في كل واحدة منهما ثلث الدية كاليد الشلاء ولا يصح لان هذين لم تبطل منفعتهما فلم تنقص ديتهما بخلاف اليد الشلاء

« مسأله ، قال (وفي كل أصبع من اليدين والرجلين عشر من الإبل ، وفي كل أنملة منها ثلث عقلها إلا الإبهام فإنها مفصلان ففي كل مفصل منها خمس من الإبل)

هذا قول عامة أهل العلم منهم عمر وعلي وابن عباس وبه قال مسروق وعروة ومكحول والشافعي وعبد الله بن معقل والثوري والأوزاعي ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وأصحاب الحديث ولا نعلم فيه مخالفا إلا رواية عن عمر أنه قضى في الإبهام بثلاث غرة وفي التي تليها بائنتي عشرة وفي الوسطى بعشر وفي التي تليها بتسع وفي الخنصر بست .

وروى عنه أنه لما أخبر بكتاب كتبه النبي صلى الله عليه وسلم لآل حزم « وفي كل أصبع مما هنالك عشر من الإبل ، أخذ به وترك قوله الأول

وعن مجاهد في الإبهام خمس عشرة وفي التي تليها ثلاث عشرة وفي التي تليها عشر وفي التي تليها ثمان وفي التي تليها سبع

ولنا : ما روى ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : دية أصابع
اليدين والرجلين عشر من الإبل لكل أصبع ، أخرجه الترمذى وقال حديث
صحيح ، رواه أبو داود عن أبي موسى عن النبي صلى الله عليه وسلم
وعن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هذه وهذه سواء ،
يعنى الإبهام والخنصر ، أخرجه البخارى وأبو داود ، وفى كتاب النبى صلى الله
عليه وسلم لعمر بن حزم : وفى كل إصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر من
الإبل ، ولأنه جنس ذو عدد تجب فيه الدية فكان سواء فى الدية ، كالأسنان
والاجفان وسائر الاعضاء ، ودية كل أصبع مقسومة على أناملها ، وفى كل أصبع
ثلاث أنامل إلا الإبهام فإنها أنملتان ، ففى كل أنملة من غير الإبهام ثلث عقل الإبهام
ثلاثة أبعرة وثلث ، وفى كل أنملة من الإبهام خمس من الإبل نصف ديتها

وحكى عن مالك أنه قال : الإبهام أيضا ثلاث أنامل . إحداهما : باطنة ، وليس
هذا بصحيح ، فإن الاعتبار بالظاهر فإن قوله عليه السلام : فى كل أصبع عشر من
الإبل ، يقتضى وجوب العشر فى الظاهر لأنها هى الأصبع التى يقع عليها الاسم
دون ما بطن منها ، كما أن السن التى يتعلق بها وجوب ديتها هى الظاهرة من لحم
اللثة دون سنخها ، والحكم فى أصابع اليدين والرجلين سواء لعموم الخبر فيهما
وحصول الاتفاق عليهما .

(فصل) وفى الأصبع الزائدة حكومة وبذلك قال الثورى والشافعى وأصحاب
الرأى وعن زيد بن ثابت أن فيها ثلث دية الأصبع وذكر القاضى أنه قياس المذهب
على رواية إيجاب الثلث فى اليد الشلاء ، والاول أصح لأن التقدير لا يصار إليه
إلا بالتوقيف أو بمأثلته لما فيه توقيف ، وليس ذلك هنا لأن اليد الشلاء
يحصل بها الجمال والأصبع الزائدة لا جمال فيها فى الغالب ، ولأن جمال اليد الشلاء
لا يكاد يختلف والأصبع الزائدة تختلف باختلاف عمالها وصفتها وحسنها وقبحها
فكيف يصح قياسها على اليد ؟

« مسألة ، قال (وفى البطن إذا ضرب فلم يستمسك الغائط الدية وفى المثانة

إذا لم يستمسك البول الدية)

وبهذا قال ابن جريج وأبو ثور وأبو حنيفة ولم أعلم فيه مخالفاً إلا أن ابن أبي موسى ذكر في المائة رواية أخرى فيها ثلث الدية والصحيح الأول لأن كل واحد من هذين المحلين عضو فيه منفعة كبيرة ليس في البدن مثله فوجب في تقويت منفعته دية كاملة كسائر الأعضاء المذكورة فإن نفع المائة حبس البول وحبس البطن الغائط منفعة مثلها والنفع بهما كثير والضرر بفواتهما عظيم فكان في كل واحدة منهما الدية كالسمع والبصر وإن فانت المنفعتان بجناية واحدة وجب على الجاني ديتان كما لو ذهب سمعه وبصره بجناية واحدة .

مسألة ، قال (وفي ذهاب العقل الدية)

لا نعلم في هذا خلافاً ، وقد روى عن عمر وزيد رضي الله عنهما وإليه ذهب من بلغنا قوله من الفقهاء ، وفي كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم « وفي العقل الدية ، ولأنه أكبر المعاني قدراً وأعظم الحواس نفعاً فإن به يتميز من البهيمة ويعرف به حقائق المعلومات ويهتدى إلى مصالحه ويتق ما يضره ويدخل به في التكليف وهو شرط في ثبوت الولايات وصحة التصرفات وأداء العبادات فكان بإيجاب الدية أحق من بقية الحواس فإن نقص عقله نقصاً معلوماً مثل أن صار يجن يوماً ويفيق يوماً فعليه من الدية بقدر ذلك لأن ما وجب فيه الدية وجب بعضها في بعضه بقدره كالأصابع وإن لم يعلم مثل أن صار مدهوشاً أو يفرع عما لا يفرع منه ويستوحش إذا خلا فهذا لا يمكن تقديره فتجب فيه حكومة (فصل) فإن أذهب عقله بجناية لا توجب أرشاً كالطمة والتخويف ونحو ذلك ففيه الدية لا غير ، وإن أذهب بجناية توجب أرشاً كالجراح أو قطع عضو وجبت الدية وأرش الجرح ، وبهذا قال مالك والشافعي في الجديد .

وقال أبو حنيفة والشافعي في القديم يدخل الأقل منهما في الأكثر فإن كانت الدية أكثر من أرش الجرح وجبت وحدها وإن كان أرش الجرح أكثر كان قطع يديه ورجليه فذهب عقله وجبت دية الجرح ودخلت دية العقل فيه لأن ذهاب العقل تختل معه منافع الأعضاء فدخل أرشها فيه كالموت .

ولنا أن هذه جناية أذهبت منفعة من غير عطلها مع بقاء النفس فلم يتداخل

الارشان كما لو أوضحه فذهب بصره أو سمعه ولأنه لو جنى على أذنه أو أنفه فذهب سمعه أو شمه لم يدخل أرشهما في دية الأنف والأذن مع قريتهما منهما فهنا أولى وما ذكروه لا يصح لأنه لو دخل أرش الجرح في دية العقل لم يجب أرشه إذا زاد على دية العقل كما أن دية الأعضاء كلها مع القتل لا يجب بها أكثر من دية النفس ولا يصح قولهم : إن منافع الأعضاء تبطل بذهاب العقل فإن المجنون تضمن منافعه وأعضاؤه بعد ذهاب عقله بما تضمن به منافع الصحيح وأعضاؤه ، ولو ذهبت منافعه وأعضاؤه لم تضمن كما لا تضمن منافع الميت وأعضاؤه وإذا جاز أن تضمن بالجنابة عليها بعد الجنابة عليه جاز ضمانها مع الجنابة عليه كما لو جنى عليه فأذهب سمعه وبصره بجراحة في غير محلها .

(فصل) فإن جنى عليه فأذهب عقله وسمعه وبصره وكلامه وجب أربع ديات مع أرش الجرح ، قال أبو قلابة روى رجل رجلا بجرح فذهب عقله وبصره وسمعه ولسانه فقضى فيه عمر بأربع ديات وهو حي ، ولأنه أذهب منافع في كل واحدة منها دية فوجب عليه دياتها كما لو أذهبها بجنايات فإن مات من الجنابة لم يجب إلا دية واحدة لأن ديات المنافع كلها تدخل في دية النفس كديات الأعضاء .

« مسألة ، قال (وفي الصعر الدية والصعر أن يضربه فيصير وجهه في جانب)

أصل الصعر داء يأخذ البعير في عنقه فيلتوى عنقه وقول الله تعالى (ولا تصعر خدك للناس) أى لا تعرض عنهم بوجهك تكبرا كإمالة وجه البعير الذى به الصعر فمن جنى على إنسان جنابة فعوج عنقه حتى صار وجهه في جانب فعليه دية كاملة . روى ذلك عن زيد بن ثابت ، وقال الشافعى : ليس فيه إلا حكومة لأنه إذهب جمال من غير منفعة .

ولنا ما روى مكحول عن زيد بن ثابت أنه قال : وفي الصعر الدية ولم يعرف له في الصحابة مخالف فكان إجماعا ، ولأنه أذهب الجمال والمنفعة فوجب فيه دية كاملة كسائر المنافع ، وقولهم لم يذهب بمنفعته غير صحيح فإنه لا يقدر على النظر أمامه واتقاء ما يحذره إذا مشى وإذا نابى أمر أو دهمه عدو لم يمكنه العلم به ولا اتقاؤه ولا يمكنه لى عنقه ليعرف ما يريد نظره ويتعرف ما ينفعه ويضره .

(فصل) فان جنى عليه فصار الالتفات عليه شاقا أو ابتلاع الماء أو غيره ففيه حكمه لانه لم يذهب بالمنفعة كلها ولا يمكن تقديرها وإن صار بحيث لا يمكنه ازدراد ريقه فهذا لا يكاد يبقى فان بقي مع ذلك ففيه الديه - لانه تفويت منفعة - ليس لها مثل في البدن .

« مسألة ، قال (وفي اليد الشلاء ثلث ديتها وكذلك العين القائمة والسن السوداء)

اليد الشلاء التي ذهب منها منفعة البطش والعين القائمة التي ذهب بصرها وصورتها باقية كصورة الصحيحه ، واختلفت الرواية - عن أحد فيهما وفي السن السوداء فعنه في كل واحدة ثلث ديتها ، وروى هذا عن ابن الخطاب ومجاهد ؛ وبه قال إسحاق ، وعن زيد بن ثابت في العين القائمة مائة دينار .

والرواية - الثالثة عن أحد في كل واحدة حكمه ، وهذا قول مسروق والزهرى ومالك والشافعى وأبى ثور والنعمان وابن المنذر لانه لا يمكن إيجاب ديه - كاملة - لكونها قد ذهبت منفعتها ولا مقدر فيها فتجب الحكمه فيها كاليد الزائدة .

ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في العين القائمة السادة لمكانها بثلث الديه ، وفي اليد الشلاء إذا قطعت ثلث ديتها ، وفي السن السوداء إذا قطعت ثلث ديتها ، رواه النسائي وأخرجه أبو داود في العين وحدها مختصراً .

وقول عمر رضى الله عنه رواه قتادة عن خلاص عن عبد الله بن بريدة عن يحيى ابن يعمر عن ابن عباس « أن عمر بن الخطاب قضى في العين القائمة - إذا خسفت واليد الشلاء إذا قطعت والسن السوداء إذا كسرت ثلث ديه - كل واحدة ممنه ، ولانها كاملة - الصورة فكان فيها مقدر كالصحيحه - ، وقولهم لا يمكن إيجاب مقدر ممنوع فانا قد ذكرنا التقدير وبيناه .

(فصل) قال القاضى قول أحمد رحمه الله في السن السوداء ثلث ديتها محمول على سن ذهبت منفعتها بحيث لا يمكنه أن يعرض بها الاشياء أو كانت تفتنت ، فأما ان كانت منفعتها باقية ولم يذهب منها الا لونها ففيها كال ديتها ، سواء قلبي

منفعتها بأن عجز عن عض الأشياء الصلبة بها أو لم يعجز لأنها باقية المنفعة فكملت
ديتها كسائر الأعضاء وأيس على من سودها إلا حكومة ، وهذا مذهب الشافعي
والصحيح من مذهب أحمد ما يوافق ظاهر كلامه لظاهر الأخبار وقضاء عمر بن
الخطاب رضي الله عنه وقول أكثر أهل العلم ولأنه ذهب جاهلها بتسويدها فكملت
ديتها على من سودها كما لو سود وجهه ولم يجب على متلفها أكثر من ثلث ديتها
كاليد الشلاء وكالسن إذا كانت بيضاء فانقلعت ونبت مكانها سوداء لمرض فيها
فإن القاضي وأصحاب الشافعي سلموا أنها لا تكمل ديتها .

فصل

فإن نبتت أسنان صبي سوداء ثم ثغر ثم عادت سوداء فديتها تامة ، لأن هذا
جنس خلق على هذه الصورة فأشبهه من خلق أسود الجسم والوجه جميعا ، وإن
نبتت أولا بيضاء ثم ثغر ثم عادت سوداء سئل أهل الخبرة .

فإن قالوا : ليس السواد لعلة ولا مرض ففيها أيضا كمال ديتها ، وإن قالوا
ذلك لمرض فيها فعلى قائلها ثلث ديتها أو حكمه وقد سلم القاضي وأصحاب الشافعي
الحكم في هذه الصورة وهو حجه عليهم فيما خالفوا فيه ، ويحتمل أن يكون الحكم
فيما كانت سوداء من ابتداء الخلقة هكذا لأن المرض قد يكون في فيه من ابتداء
خلقه فيثبت حكمه في بعض ديتها كما لو كان طارئا .

(فصل) وفي لسان الآخرس روايتان أيضا كالروايتين في اليد الشلاء ،
وكذلك كل عضو ذهب منفعته وبقيت صورته كالرجل الشلاء والاصبع والذكر
إذا كان أشلا وذكر الخصى والعنين إذا قلنا : لا تكمل ديتهم وأشياء هذا فكله
يخرج على الروايتين . إحداهما : فيه ثلث ديته ، والاخرى حكمه .

(فصل) فأما اليد أو الرجل أو الأصبع أو السن الزوائد ونحو ذلك فليس
فيه إلا حكمه ، وقال القاضي هذا في معنى اليد الشلاء فتكون على قياسها يخرج
على الروايتين والذي ذكرناه أصح لأنه لا تقدير في هذا ولا هو في معنى المقدر
ولا يصح قياس هذا على العضو الذي ذهب منفعته وبقي جماله لأن هذه الزوائد
لا جمال فيها إنما هي شين في الخلقة وعيب يرد به المبيع وتنقص به القيمة فكيف
يصح قياسه على ما يحصل به الجمال ؟ ثم لو حصل به جمال ما لكانه يخالف جمال

العضو الذي يحصل به تمام الخلقة ويختلف في نفسه اختلافاً كثيراً فوجبت فيه الحكومة ويحتمل أن لا يجب فيه شيء لما ذكرنا

(فصل) واختلفت الرواية في قطع الذكر بعد حشفته وقطع الكف بعد أصابعه فروى أبو طالب عن أحمد فيه ثلث دية وكذلك شحمة الاذن، وعن أحمد في ذلك كله حكومة والصحيح في هذا أن فيه حكومة لعدم التقدير فيه وامتناع قياسه على ما فيه تقدير ، لان الاشل بقيت صورته وهذا لم تبق صورته انما بقي بعض ما فيه الدية أو أصل ما فيه الدية فأما قطع الذراع بعد قطع الكف والساق بعد قطع القدم فينبغي أن تجب الحكومة فيه وجهاً واحداً لان ايجاب ثلث دية اليد فيه يفضي الى أن يكون الواجب فيه مع بقاء الكف والقدم وذهابهما واحداً مع تفاوتهما وعدم النص فيها والله أعلم

« مسأله ، قال ا وفي اسكتى المرأة الدية »

الاسكتان . هما اللحم المحيط بالفرج من جانبيه احاطة الشفتين بالفم ، وأهل اللغة يقولون الشفران حاشيتا الاسكتين كما أن أشفار العين أهدابها وفيهما دية المرأة اذا قطعاً ، وبهذا قال الشافعي وقاله الثوري اذا لم يقدر على جماعها ، وقضى به محمد بن سفيان اذا بلغ العظم لان فيهما جمالا ومنفعة وليس في البدن غيرهما من جنسهما فوجبت فيهما الدية كسائر ما فيه منه شيئان وفي احدهما نصف الدية كما ذكرنا في غيرهما ، وان جنى عليهما فأشلهما وجبت ديتهما كما لو جنى على شفتيه فأشلهما ولا فرق بين كونهما غليظتين أو دقيقتين قصيرتين أو طويلتين من بكر أو ثيب أو صغيرة أو كبيرة مخفوضة أو غير مخفوضة لانهما عضوان فيهما الدية فاستوى فيهما جميع ما ذكرنا كسائر أعضائها ولا فرق بين الرتقاء وغيرها ، لان الرتق عيب في غيرهما فلم ينقص ديتهما كما أن الصمم لم ينقص دية الاذنين . والخفض هو الختان في حق المرأة

(فصل) وفي ركب المرأة حكمه ، وهو عانة المرأة وكذلك في عانة الرجل لانه لا مقدر فيه ولا هو نظير لما قدر فيه ، فإن أخذ منه شيء مع فرج المرأة

أو ذكر الرجل ففيه الحكومة مع الديه ، كما لو أخذ مع الأنف والشفيتين شيء من اللحم الذي حولهما .

« مسأله ، قال (وفي موضحة الحرس خمس من الإبل ، سواء كان من رجل أو امرأة ، والموضحة في الرأس والوجه سواء ، وهو التي تبرز العظم)

هذه من شجاج الرأس أو الوجه وليس في الشجاج ما فيه قصاص سواها ولا يجب المقدر في أقل منها ، وهي التي تصل الى العظم ، سميت موضحة لأنها أبدت وضع العظم وهو بياضه . وأجمع أهل العلم على أن أرشها مقدر ، قاله ابن المنذر وفي كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم « وفي الموضحة خمس من الإبل ، رواه أبو داود والنسائي والترمذي وقال حديث حسن .

وقول الحرقي : في موضحة الحر يحرز به من موضحة العبد . وقوله سواء كان من رجل أو امرأة ، يعني أنها لا يختلفان في أرش الموضحة لأنها دون ثلث الديه وهما يستويان فيما دون الثلث ويختلفان فيما زاد .

وعند الشافعي أن موضحة المرأة على النصف من موضحة الرجل بناء على أن جراح المرأة على النصف من جراح الرجل في الكثير والقليل ، وسنذكر ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى .

وعموم الحديث الذي روينا هنا حجة عليه وفيه كفايه ، وأكثر أهل العلم على أن الموضحة في الرأس والوجه . سواء روى ذلك عن أبي بكر وعمر (رض) وبه قال شريح ومكحول والشعبي والنخعي والزهرى وربيعة وعبيد الله بن الحسن وأبو حنيفة والشافعي وإسحاق .

وروى عن سعيد بن المسيب أنه قال : تضعف موضحة الوجه على موضحة الرأس ، فيجب في موضحة الوجه عشر من الإبل ، لأن شينها أكثر ، وذكره القاضي رواية عن أحمد ، وموضحة الرأس يسترها الشعر والعمامة . وقال مالك : إذا كانت في الأنف أو في اللحي الأسفل ففيها حكومة لأنها تبعد عن الدماغ فأشبهت موضحة سائر البدن .

ولنا عموم الأحاديث وقول أبي بكر وعمر رضي الله عنهما الموضحة في الرأس

والوجه سواء ؛ ولأنها موضحة فكان أرشها خمسا من الإبل كغيرها مما سلبوه ، ولا عبرة بكثرة الشين بدليل التسوية بين الصغيرة والكبيرة ؛ وما ذكره لمالك لا يصح فإن الموضحة في الصدر أكثر ضرراً وأقرب إلى القلب ولا مقدر فيها ، وقد روى عن أحمد رحمه الله أنه قال : موضحة الوجه أخرى أن يزداد في ديتها ، وليس معنى هذا أنه يجب فيها أكثر والله أعلم ، إنما معناه أنها أولى بإيجاب الدية فإنه إذا وجب في موضحة الرأس مع قلة شينها ، واستتارها بالشعر وغطاء الرأس خمس من الإبل فلأن يجب ذلك في الوجه الظاهر الذي هو مجمع المحاسن وعنوان الجمال أولى ، وحمل كلام أحمد على هذا أولى من حمله على ما يخالف الخبر والآثر وقول أكثر أهل العلم ، ومصيره إلى التقدير بغير توقيف ولا قياس صحيح .

(فصل)

ويجب أرش الموضحة في الصغيرة والكبيرة ، والبارزة والمستورة بالشعر ، لأن اسم الموضحة يشمل الجميع ، وحد الموضحة ما أفضى إلى العظم ولو بقدر إبرة ، ذكره ابن القاسم والقاضي ، فإن شجته في رأسه شجته بعضها موضحة وبعضها دون الموضحة لم يلزمه أكثر من أرش موضحة ، لأنه لو أوضع الجميع لم يلزمه أكثر من أرش موضحة ، فلأن لا يلزمه في الإيضاح في البعض أكثر من ذلك أولى ، وهكذا لو شجته شجته بعضها هاشمة وباقيها دونها لم يلزمه أكثر من أرش هاشمة ، وإن كانت منقطة وما دونها أو مأمومة وما دونها فعليه أرش منقطة أو مأمومة لما ذكرنا

(فصل) وليس في موضحة غير الرأس والوجه مقدر في قول أكثر أهل العلم منهم إمامنا ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر . قال ابن عبد البر : ولا يكون في البدن موضحة يعني ليس فيها مقدر ، قال وعلى ذلك جماعة العلماء إلا الليث بن سعد قال الموضحة تكون في الجسد أيضا ، وقال الأوزاعي في جراحة الجسد على النصف من جراحة الرأس ، وحكى نحو ذلك عن عطاء الخراساني قال في الموضحة في سائر الجسد خمسة وعشرون ديناراً .

ولنا أن اسم الموضحة إنما يطلق على الجراحة المخصوصة في الوجه والرأس ، وقول الخليفةين الراشدين الموضحة في الوجه والرأس سواء يدل على أن باقي الجسد

بخلافه ، ولأن الشين فيما في الرأس والوجه أكثر وأخطر مما في سائر البدن فلا يلحق به ، ثم إيجاب ذلك في سائر البدن يفضى الى أن يجب في موضحة العضو أكثر من دية ، مثل أن يوضح أنه ديتها ثلاثة وثلاث ودية الموضحة خمس ، وأما قول الأوزاعي وعطاء الخراساني فتحكم لا نص فيه ، ولا قياس يقتضيه فيجب إطراحه .

(فصل) وإن أوضحه في رأسه وجر السكين الى قفاه فعليه أرش موضحة - وحكومه لجرح القفا لأن القفا ليس بموقع للموضحة وإن أوضحه في رأسه ومدّها الى وجهه فعلى وجهين . أحدهما أنها موضحة واحدة ، لأن الوجه والرأس سواء في الموضحة فصار كالعضو الواحد . والثاني هما موضحتان لأنه أوضحه في عضوين فكان لكل واحد منهما حكم نفسه كما لو أوضحه في رأسه ونزل الى القفا .

(فصل) وإن أوضحه في رأسه موضحتين بينهما حاجز فعليه أرش موضحتين لأنها موضحتان فإن أزال الحاجز الذي بينهما وجب أرش موضحة واحدة لأنه صار الجميع بفعله موضحة - فصار كما لو أوضح الكل من غير حاجز يبق بينهما ، وإن اندمنا ثم أزال الحاجز بينهما فعليه أرش ثلاث مواضع لأنه استقر عليه أرش الاولين بالاندمال ثم لزمته دية - الثالث ، وإن تأكل ما بينهما قبل اندمالها فزال لم يلزمه أكثر من أرش واحدة ، لأن سراية فعله كفعله ، وإن اندملت إحداهما وزال الحاجز بفعله أو سراية - الاخرى فعليه أرش موضحتين ، وإن أزال الحاجز أجنبي فعلى الاول أرش موضحتين وعلى الثاني أرش موضحة - ، لأن فعل أحدهما لا يبنى على فعل الآخر فانفرد كل واحد منهما بحكم جنائته ، وإن أزاله المجنى عليه وجب على الاول أرش موضحتين ، لأن ما وجب بجنايته لا يسقط بفعل غيره ، فإن اختلفا فقال الجاني أنا شققت ما بينهما ، وقال المجنى عليه بل أنا أو أزالها آخر سواك فالقول قول المجنى عليه ، لأن سيب أرش موضحتين قد وجد والجاني يدعى زواله والمجنى عليه ينكره والقول قول المنكر والاصل معه ، وإن أوضع موضحتين ثم قطع اللحم الذي بينهما في الباطن وترك الجلد الذي فوقهما ففيها وجهان : أحدهما : يلزمه أرش موضحتين لانفصالهما في الظاهر .

والثاني أرش موضحة لاتصالها في الباطن ، وإن جرحه جراحا واحدة وأوضحه في طرفيها وبقيا دون الموضحة ففيه أرش موضحتين لأن ما بينهما ليس بموضحة

، مسألة ، قال (وفي الهاشمة عشر من الإبل وهي التي توضح العظم وتشمه)

الهاشمة هي التي تتجاوز الموضحة فتشم العظم ، سميت هاشمة لشمها العظم ولم يغفلنا عن النبي صلى الله عليه وسلم فيها تقدير ، وأكثر من بلغنا قوله من أهل العلم على أن أرشها مقدر بعشر من الإبل ، روى ذلك قبيصة بن ذؤيب عن زيد ابن ثابت ، وبه قال قتادة والشافعي والعنبري ونحوه قال الثوري وأصحاب الرأي إلا أنهم قدروها بعشر الديه من الدراهم : وذلك على قولهم ألف درهم ، وكان الحسن لا يوقت فيها شيئا .

وحكى عن مالك أنه قال : لا أعرف الهاشمة ، لكن في الإيضاح خمس وفي الهشم حكومه . قال ابن المنذر : النظر يدل على قول الحسن إذ لا سنة فيها ولا إجماع ، ولأنه لم ينقل فيها عن النبي صلى الله عليه وسلم تقدير فوجب فيها المحكومه كما دون الموضحة .

ولنا قول زيد ومثل ذلك الظاهر أنه توقيف ولأنه لم نعرف له مخالفا في عصره فكان إجماعا ولأنها شجه فوق الموضحة تختص باسم فكان فيها مقدر كالمأمومه

(فصل) والهاشمة في الرأس والوجه خاصة على ما ذكرنا في الموضحة وإن هشمه هاشمتين بينهما حاجز ففيها عشرون من الإبل على ما ذكرنا في الموضحة من التفصيل ، وتستوى الهاشمة الصغيرة والكبيرة . وإن شجه شجه بعضها موضحة وبعضها هاشمة وبعضها سمحاق وبعضها متلاحمة ووجب أرش الهاشمة لأنه لو كان جميعها هاشمة أجزأ أرشها ، ولو انفرد القدر المشوم ووجب أرشها فلا ينقص ذلك بما إذا زاد من الارش في غيرها ، وإن ضرب رأسه فشم العظم ولم يوضحه لم تجب دية الهاشمة بغير خلاف لأن الارش المقدر ووجب في هاشمه يكون معها موضحة وفي الواجب فيها وجمان . أحدهما فيها خمس من الإبل لأنه لو أوضح وكسر لو جبت عشر : خمس في الإيضاح وخمس في الكسر فإذا وجد الكسر دون

الإيضاح وجب خمس . والثاني . يجب حكومة لأنه كسر عظم لا جرح معه فأشبهه كسر قصبة الأنف .

(فصل) فإن أوضحه موضعين هشم العظم في كل واحدة منها واتصل الهشم في الباطن فيها هاشمتان ، لأن الهشم إنما يكون تبعاً للإيضاح ، فإذا كانتا موضعين كان الهشم هاشمتين بخلاف الموضحة فإنها ليست تبعاً لغيرها فافترقا .

« مسألة ، قال (وفي المنقلة خمس عشرة من الابل وهي التي توضع وتهشم وتسطو حتى تنقل عظامها)

المنقلة : زائدة على الهاشمة وهي التي تكسر العظام وتزيلها عن مواضعها فيحتاج إلى نقل العظم ليلتئم ، وفيها خمس عشرة من الابل بإجماع من أهل العلم ، حكاه ابن المنذر ، وفي كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم « وفي المنقلة خمس عشرة من الابل ، وفي تفصيلها ما في تفصيل الموضحة والهاشمة على ما مضى

« مسألة ، قال (وفي المأمومة ثلث الدية وهي التي تصل إلى جلدة الدماغ وفي الأمة مثل ما في المأمومة)

المأمومة والأمة شيء واحد ، قال ابن عبد البر أهل العراق يقولون لها الأمة وأهل الحجاز المأمومة وهي الجراحة الواصلة إلى أم الدماغ سميت أم الدماغ لأنها تحوطه وتجمعه فإذا وصلت الجراحة إليها سميت آمة ومأمومة ، يقال أم الرجل آمة ومأمومة ، وأرشها ثلث الدية في قول عامة أهل العلم إلا مكحولاً فإنه قال : إن كانت عمداً ففيها ثلثا الدية وإن كانت خطأ ففيها ثلثها .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في كتاب عمرو بن حزم « وفي المأمومة ثلث الدية » . وعن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم مثل ذلك ، وروى نحوه عن علي ولأنها شجة فلم يختلف أرشها بالعمد والخطأ في المقدار كسائر الشجاج .

(فصل) وإن خرق جلدة الدماغ فهي الدامغة ، وفيها ما في المأمومة ، قال القاضي : لم يذكر أصحابنا الدامغة لمساواتها المأمومة في أرشها ، وقيل : فيها مع ذلك حكمه لحرق جلدة الدماغ ، ويحتمل أنهم تركوا ذكرها لكونها لا يسلم صاحبها في الغالب .

(فصل) فإن أوضحه رجل ثم هشمه الثاني ثم جعلها الثالث منقلة ثم جعلها الرابع مأمومة فعلى الأول أرش موضحته ، وعلى الثاني خمس تمام أرش الهاشمة ، وعلى الثالث خمس تمام أرش المنقلة ، وعلى الرابع ثمانية عشر وثلاث تمام أرش المأمومة

« مسأله ، قال (وفي الجائفة ثلث الديه وهى التى تصل إلى الجوف)

وهذا قول عامة أهل العلم : منهم أهل المدينة ، وأهل الكوفة ، وأهل الحديث وأصحاب الرأي إلا مكحولاً قال فيها : فى العمد ثلثا الديه .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم فى كتاب عمرو بن حزم « وفى الجائفة ثلث الديه » وعن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم مثل ذلك ، ولأنها جراحه فيها مقدر فلم يختلف قدر أرشها بالعمد والخطأ كما لموضحه ، ولا نعلم فى جراح البدن الخالية عن قطع الأعضاء وكسر العظام مقدرأ غير الجائفة ، والجائفة ما وصل إلى الجوف من بطن أو ظهر أو صدر أو ثغرة نحر أو ورك أو غيره . وذكر ابن عبد البر أن مالكا وأبا حنيفة والشافعى والبتى وأصحابهم اتفقوا على أن الجائفة لا تكون إلا فى الجوف . قال ابن القاسم : الجائفة ما أفضى إلى الجوف ولو بمغرز إبرة ، فأما أن خرق شدقه فوصل إلى باطن الفم فليس بجائفة لأن داخل الفم حكمه حكم الظاهر لا حكم الباطن ، وإن طعنه فى وجته فكسر العظم ووصل إلى فيه فليس بجائفة لما ذكرنا

وقال الشافعى فى أحد قوليّه : هو جائفة لأنه قد وصل إلى جوف ، وهذا ينتقض بما إذا خرق شدقه ، فعلى هذا يكون عليه دية هاشمه لكسر العظم وفيما زاد حكمه ، وإن جرحه فى أنفه فأنقذه فهو كما لو جرحه فى وجته فأنقذه إلى فيه فى الحكم والخلاف ، وإن جرحه فى ذكره فوصل إلى مجرى البول من الذكر فليس بجائفة لأنه ليس بجوف يخاف التلف من الوصول إليه بخلاف غيره

(فصل) وإن أجافه جائفتين بينهما حاجر فعليه ثلثا الديه ، وإن خرق الجاني مابينهما أو ذهب بالسرايه صارا جائفة واحدة فيها ثلث الديه لا غير ، وإن خرق مابينهما أجنبي أو المجنى عليه فعلى الأول ثلثا الديه وعلى الأجنبي الثاني ثلثها ويسقط ما قابل فعل المجنى عليه

وان احتاج الى خرق ما بينهما للدأواة فخرقها المجنى عليه أو غيره بأمره أو خرقها ولى المجنى عليه لذلك أو الطبيب بأمره فلا شيء فى خرق الحاجز وعلى الاول ثلثا الدية وان أجافه رجل فوسعها آخر فعل كل واحد منهما أرش جائفة ، لأن فعل كل واحد منهما لو انفرد كان جائفة فلا يسقط حكمه بانضمامه الى فعل غيره ، لأن فعل الإنسان لا يثبت على فعل غيره ، وان وسعها الطبيب بإذنه أو إذن وليه لمصلحته فلا شيء عليه ، وان وسعها جان آخر فى الظاهر دون الباطن أو فى الباطن دون الظاهر فعليه حكومة ، لأن جنايته لم تبلغ الجائفة وان أدخل السكين فى الجائفة ثم أخرجها عزز ولا أرش عليه .

وان كان قد خاطها فجاء آخر فقطع الخيوط وأدخل السكين فيها قبل أن يلتحم عزز أشد من التعزير الاول الذى قبله وغرمه ثمن الخيوط وأجرة الخياط ولم يلزمه أرش جائفة لأنه لم يحفه وان فعل ذلك بعد التحامها فعليه أرش الجائفة وثن الخيوط ، لأنه بالالتحام عاد الى الصحة فصار كالذى لم يجرح ، وان التحم بعضها دون بعض ففتق ما التحم فعليه أرش جائفة لما ذكرنا ، وان فتق غير ما التحم عليه فليس عليه أرش الجائفة وحكمه حكم من فعل مثل فعله قبل أن يلتحم منها شيء وان فتق بعض ما التحم فى الظاهر دون الباطن أو الباطن دون الظاهر فعليه حكومة كما لو وسع جرحه كذلك .

(فصل)

وان جرح نخذه ومد السكين حتى بلغ الورك فأجاف فيه أو جرح الكتف وجر السكين حتى بلغ الصدر فأجاف فيه فعليه أرش الجائفة وحكومة فى الجراح لان الجراح فى غير موضع الجائفة فانفردت بالضممان كما لو أوضحه فى رأسه وجر السكين حتى بلغ القفا فانه يلزمه أرش موضحة وحكومة لجرح القفا .

(فصل) فإن أدخل حديدة أو خشبة أو يده فى دبر إنسان فخرق حاجزاً فى الباطن فعليه حكومه ولا يلزمه أرش جائفة ، لان الجائفة ما خرقت من الظاهر الى الجوف ، وهذه بخلافه ، وكذلك لو أدخل السكين فى جائفة إنسان فخرق شئاً فى الباطن فليس ذلك بجائفة لما ذكرنا .

« مسألة ، قال (فإن جرحه في جوفه فخرج من الجانب الآخر فهما جائفتان)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء ومجاهد وقتادة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ، قال ابن عبد البر : لا أعلمهم يختلفون في ذلك ، وحكى عن بعض أصحاب الشافعي أنه قال : هي جائفة واحدة .

وحكى أيضا عن أبي حنيفة لأن الجائفة هي التي تنفذ من ظاهر البدن الى جوف وهذه الثانية إنما نفذت من الباطن الى الظهر .

ولنا ما روى سعيد بن المسيب « أن رجلا رمى رجلا بسهم فأنفذه فقضى أبو بكر رضي الله عنه بثلثي الدينه ولا يخالف له فيكون إجماعا ، أخرجه سعيد بن منصور في سننه .

وروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن عمر قضى في الجائفة إذا نفذت الجوف بأرش جائفتين لأنه أنفذه من موضعين فكان جائفتين كما لو أنفذه بضربتين ، وما ذكروه غير صحيح فإن الاعتبار بوصول الجرح الى الجوف لا بكيفية إبعاله اذ لا أثر لصورة الفعل مع التساوي في المعنى ، ولأن ما ذكروه من الكيفية ليس بمذكور في خبر ، وإذا العادة والغالب وقوع الجائفة هكذا فلا يعتبر كما أن العادة والغالب حصولها بالحديد ، ولو حصلت بغيره لكانت جائفة ثم ينتقض ما ذكروه بما لو أدخل يده في جائفة انسان فخرق بطنه من موضع آخر فإنه يلزمه أرش جائفة بغير خلاف نعليه ، وكذلك يخرج فيمن أوضع انسانا في رأسه ثم أخرج رأس السكين من موضع آخر فهي موضعتان فإن هشمه هاشمه لها مخرجان فهي هاشمتان وكذلك ما أشبهه .

(فصل) فإن أدخل أصبعه في فرج بكر فأذهب بكارتها فليس بجائفة لأن ذلك ليس بجوف .

« مسألة ، قال (ومن وطئ زوجته وهي صغيرة ففتقها لزمه ثلث الدينه)

معنى الفتق : خرق ما بين مسلك البول والمثني ، وقيل : بل معناه خرق ما بين القبل والدبر الا أن هذا بعيد لأنه يبعد أن يذهب بالوطء ما بينهما من الحاجز فإنه حاجز غليظ قوى ، والكلام في هذه المسألة في فصلين .

أحدهما : في أصل وجوب الضمان .

والثاني : في قدره . أما الأول فإن الضمان إنما يجب بوطء الصغيرة أو النخيفة التي لا تحمل الوطء دون الكبيرة المحتملة له وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي يجب الضمان في الجميع لأنه جنائية فيجب الضمان به كما لو كان في أجنبية .

ولنا أنه وطء مستحق فلم يجب ضمان ما تلف به كالبكارة ولأنه فعل مأذون فيه ممن يصح إذنه فلم يضمن ما تلف بسرأيته كما لو أذنت في مداواتها بما يفضي إلى ذلك ، وكتطع السارق أو استيفاء القصاص وعكسه الصغيرة والمكرهة على الزنا ، إذا ثبت هذا فإنه يلزمه المهر المسمى في النكاح مع أرش الجنائية ويكون أرش الجنائية في ماله إن كان عمداً محضاً وهو أن يعلم أنها لا تطيقه وأن وضاه يفضيها ، فأما إن لم يعلم ذلك وكان مما يحتمل أن لا يفضي إليه فهو غمد الخطأ فيكون على عاقلته إلا على قول من قال : إن العاقلة لا تحمل عمد الخطأ فإنه يكون في ماله

الفصل الثاني : في قدر الواجب وهو ثلث الدية وبهذا قال قتادة وأبو حنيفة وقال الشافعي : تجب الدية كاملة ، وروى ذلك عن عمر بن عبدالعزيز لأنه أتلف منفعة الوطء فلزمته الدية كما لو قطع أسنيتها .

ولنا ما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قضى في الأفضاء بثلث الدية ، ولم نعرف له في الصحابة مخالفاً . ولأن هذه جنائية تخرق الحاجز بين مسلك البول والذكر فكانت موجبة ثلث الدية كالجائفة ولا نسلم أنها تمنع الوطء ، وأما قطع الأسنيتين فإننا أوجب الدية ، لأنه قطع عضوين فيهما نفع وجمال فأشبهه قطع الشفتين .

(فصل) وإن استطلق بولها مع ذلك لزمته دية من غير زيادة ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : تجب دية وحكومه ، لأنه فوت منفعتين فلزمه أرشهما كما لو فوت كلامه وذوقه .

ولنا أنه أتلف عضواً واحداً لم يفت غير منافعه فلم يضمنه بأكثر من دية واحدة كما لو قطع أسنانه فذهب ذوقه وكلامه وما قاله لا يصح لأنه لو أوجب دية المنفعتين لأوجب ديتين ، لأن استطلاق البول موجب الدية والأفضاء عنده

موجب للديه منفرداً ولم يقل به وإنما أوجب الحكومة - ولم يوجد مقتضيتها فإنا لا نعلم أحداً أوجب في الافضاء حكومه .

(فصل) وان اذمل الحاجز وانسد وزال الافضاء لم يجب ثلث الديه ووجبته حكومه اجبر ما حصل من النقص .

(فصل) وان أكره امرأة على الزنا فأفضاها لزمه ثلث ديته ومهر مثلها لأنه حصل بوطء غير مستحق ولا مآذون فيه فلزمه ضمان ما أتلّف به كسائر الجنايات وهل يلزمه أرش البكارة مع ذلك ؟ فيه روايتان .

إحداهما : لا يلزمه لأن أرش البكارة داخل في مهر المثل فإن مهر البكر أكثر من مهر الثيب فالتفاوت بينهما هو عوض أرش البكارة فلم يضمه مرتين كما في حق الزوجه .

والثانيه : يضمه لأنه محل أتلّفه بعدوانه فلزمه أرشه كما لو أتلّفه بأصبعه : فأما المطاوعة على الزنا إذا كانت كبيرة ففتقها فلا ضمان عليه في فتقها ، وقال الشافعي : يضمن لان المآذون فيه الوطء دون الفتق فأشبهه مالم يقطع يدها .

ولنا أنه ضرر حصل من فعل مآذون فيه فلم يضمه كأرش بكارتها ومهر مثلها وكما لو أذنت في قطع يدها فسرى القطع الى نفسها وفارق ما اذا أذنت في وطئها فقطع يدها لان ذلك ليس من المآذون فيه ولا من ضرورته .

فصل

وان وطئ امرأة بشبهة فأفضاها فعليه أرش افضاها مع مهر مثلها لأن الفعل إنما أذن فيه اعتقاداً أن المستوفى له هو المستحق فإذا كان غيره ثبت في حقه وجوب الضمان لما أتلّف كما لو أذن في أخذ الدين لمن يعتقد أنه مستحقه فبان أنه غيره ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يجب لها أكثر الأمرين من مهر مثلها أو أرش افضاها لان الارش لا تلاف العضو فلا يجمع بين ضمانه وضمنان منفعة كما لو قلع عينا .

ولنا أن هذه جناية تنقل عن الوطء فلم يدخل بدله فيما كما لو كسر صدرها وما ذكره غير صحيح فإن المهر يجب لاستيفاء منفعة البضع والارش يجب لا تلاف الحاجز فلا تدخل المنفعة فيه .

(فصل : وان استطلق بول المكروه على الزنا والموطوءة بشبهه مع افنائهما فعليه ديتهما والمهر ، وقال أبو حنيفة : في الموطوءة بشبهه لا يجمع بينهما ويجب أكثرهما ، وقد سبق الكلام منه في ذلك .

« مسألة ، قال : وفي الضلع بعير وفي الترقوة بعيران »

ظاهر هذا أن في كل ترقوة بعيرين فيكون في الترقوتين أربعة أبعرة ، وهذا قول زيد بن ثابت ، والترقوة هو العظم المستدير حول العنق من النحر الى الكتف ولكل واحد ترقوتان ففيهما أربعة أبعرة في ظاهر قول الحرقى .

وقال القاضي : المراد بقول الحرقى الترقوتان معا وإنما اكتفى بلفظ الواحد لادخال الآف واللام المقتضية للاستغراق فيكون في كل ترقوة بعير ، وهذا قول عمر بن الخطاب ، وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد وعبد الملك بن مروان وسعيد ابن جبير وقتادة وإسحاق ، وهو قول للشافعي والمشهور من قوله عند أصحابه أن في كل واحد مما ذكرنا حكومة ، وهو قول مسروق وأبي حنيفة ومالك وابن المنذر لأنه عظم باطن لا يختص بجمال ومنفعة فلم يجب فيه أرش مقدر كسائر أعضاء البدن ولأن التقدير إنما يكون بتوقيف — أو قياس صحيح وليس في هذا توقيف — ولا قياس . وروى عن الشعبي أن في الترقوة أربعين ديناراً .

وقال عمرو بن شعيب في الترقوتين الدية وفي أحديهما نصفها لأنهما عضوان فيهما جمال ومنفعة ، وليس في البدن غيرهما من جنسهما فأكملت فيهما الدية كالبدن ولنا قول عمر رضي الله عنه وزيد بن ثابت وما ذكروه ينتقض بالهاشمة فإنها كسر عظام باطنة وفيها مقدر ولا يصح قولهم . أنها لا تختص بجمال ومنفعة فإن جمال هذه العظام ونفعها لا يوجد في غيرها ولا مشارك لها فيه ، وأما قول عمرو ابن شعيب فخالف للإجماع فاتنا لا نعلم أحداً قبله ولا بعده وافقه فيه

« مسألة ، قال : (وفي الزند أربعة أبعرة لأنه عظمان) »

قال القاضي : يعني به الزندين فيهما أربعة أبعرة لأن فيهما أربعة عظام ففي كل عظم بعير وهذا يروى عن عمر بن الخطاب وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي فيه حكومة لما تقدم .

ولنا ما روى سعيد حدثنا هشيم حدثنا يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن عمرو بن العاص كتب الى عمر في أحد الزندين إذا كسر ، فكتب له عمر : إن فيه بعيرين ، وإذا كسر الزندين ففيهما أربعة من الإبل ، ورواه أيضا من طريق آخر مثل ذلك ، وهذا لم يظهر له مخالف في الصحابة وكان إجماعا .

(فصل)

ولا مقدر في غير هذه العظام في ظاهر كلام الخرقى ، وهو قول أكثر أهل العلم وقال القاضى : في عظم الساق بعيران وفي الساقين أربعة أبعرة وفي عظم الفخذ بعيران وفي الفخذين أربعة ، فهذه تسعة عظام فيها مقدر الضلع والترقوتان والزندان والساقان والفخذان وما عداها لا مقدر فيه . وقال ابن عقيل وأبو الخطاب وجماعة من أصحاب القاضى : في كل واحد من الذراع والعضد بعيران ، وزاد أبو الخطاب عظم القدم ، لما روى سليمان بن يسار أن عمر قضى في الذراع والعضد والفخذ والساق والزند إذا كسر واحد منها فجبر ولم يكن به دحور : يعنى عوجا ، بعير ، وإن كان فيها دحور فبحساب ذلك ، وهذا الخبر إن صح فهو مخالف لما ذهبوا إليه فلا يصلح دليلا عليه ، والصحيح إن شاء الله أنه لا تقدير في غير الخمسة الضلع والترقوتين والزندين لأن التقدير إنما يثبت بالتوقيف . ومقتضى الدلائل وجوب الحكومة في هذه العظام الباطنة كلها ، وإنما خالفناه في هذه العظام لقضاء عمر رضى الله عنه ففيها عداها يبقى على مقتضى الدليل ، وما عدا هذه العظام كعظم الظاهر وغيره ففيه الحكومة ولا نعلم فيه مخالفا ، وإن خالف فيها فهو مخالف فهو قول شاذ لا يستند الى دليل يعتمد عليه ولا يصار إليه .

مسألة ، قال (والشجاج التى لا توقيت فيها أولها الحارصة ، وهى التى نحرص الجلد)

يعنى تشقه قليلا ، وقال بعضهم هى الحارصة ثم الباضعة ، وهى التى تشق اللحم بعد الجلد ثم البازلة وهى التى يسيل منها الدم ، ثم المتلاحمة وهى التى أخذت فى اللحم ، ثم السمحاق وهى التى بينها وبين العظم قشرة رقيقة ثم الموضحة ؛

هكذا وقع في النسخ التي وصلت إلينا الحارصة ثم الباضعة ثم البازلة ، وأعله من غلط الكاتب والصواب الحارصة ثم البازلة ثم الباضعة ، هكذا رتبها سائر من علمنا قوله من أهل العلم ؛ ولأن الباضعة التي تشق اللحم بعد الجلد ، فلا يمكن وجودها قبل البازلة التي يسيل منها الدم وتسمى الدامعة لقلة سيلان دمها تشبيهاً له بخروج الدمع من العين والتي تشق اللحم بعد الجلد يسيل منها دم كثير في الغالب فكيف يصح جعلها سابقة على ما لا يسيل منها إلا دم يسير كدمع العين ؟ ويدل على صحة ما ذكرناه أن زيد بن ثابت جعل في البازلة بعيراً وفي الباضعة بعيرين ، وقول الخرقى ، والشجاج يعني جراح الرأس والوجه ، فإنه يسمى شجاجاً خاصة دون جراح سائر البدن ، والشجاج المسماة عشر ، خمس منها أرشها مقدر وقد ذكرناها وخمس لا توقيت فيها .

قال الأصمعي : أولها الحارصة وهي التي تشق الجلد قليلاً يعني تقشر شيئاً يسيراً من الجلد لا يظهر منه دم ومنه حرص القصار اثوب إذا شقه قليلاً ثم البازلة وهي التي يزل منها الدم ، أي يسيل ، وتسمى الدامية أيضاً والدامعة ثم الباضعة وهي التي تشق اللحم بعد الجلد ، ثم المتلاحمة وهي التي أخذت في اللحم ، يعني دخلت فيه دخولا كثيراً يزيد على الباضعة ولم تبلع السمحاق ، ثم السمحاق وهي التي تصل إلى قشرة رقيقة فوق العظم تسمى تلك القشرة سمحاقاً ، وسميت الجراح الواصلة إليها باسم أهل المدينة الملقاة والملاطاة ، وهي التي تأخذ اللحم كله حتى تخلص منه . ثم الموضحة وهي التي تقشر تلك الجلدة وتبدى وضح العظم أي يباضه وهي أول الشجاج الموقفة وما قبلها من الشجاج الخمس فلا توقيت فيها في الصحيح من مذهب أحمد ، وهو قول أكثر الفقهاء ، يروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ومالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي .

وروى عن أحمد رواية أخرى أن في الدامية بعيراً وفي الباضعة بعيرين وفي المتلاحمة ثلاثة وفي السمحاق أربعة أبعرة ، لأن هذا يروى عن زيد بن ثابت . وروى عن علي في السمحاق مثل ذلك ، رواه سعيد عنها .

وعن عمر وعثمان فيها نصف أرش الموضحة والصحيح الأول لأنها جراحات لم يرد فيها توقيت في الشرع فكان الواجب فيها حكومة كجراحات البدن ،

وروى عن مكحول قال : قضى النبي صلى الله عليه وسلم في الموضحة بخمسة من الإبل ولم يقض فيما دونها ، ولأنه لم يثبت فيها مقدر بتوقيف ولا له قياس يصح فوجب الرجوع الى الحكومة كالحارصة .

وذكر القاضى أنه متى أمكن اعتبار هذه الجراحات من الموضحة مثل أن يكون فى رأس المجنى عليه موضحة الى جانبها قدرت هذه الجراحة منها ، فإن كانت بقدر النصف وجب نصف أرش الموضحة وإن كانت بقدر الثلث وجب ثلث الأرش وعلى هذا إلا أن تزيد الحكومة على قدر ذلك فتوجب ما تخرجه الحكومة فإذا كانت الجراحة قدر نصف الموضحة وشينها ينقص قدر ثلثيها أوجبنا ثلثى أرش الموضحة .

وإن نقصت الحكومة أقل من النصف أوجبنا النصف ، فتوجب الأكبر مما تخرجه الحكومة أو قدرها من الموضحة لأنه اجتمع سببان موجبان الشين وقدرها من الموضحة فوجب بها أكثرهما لوجود سببه ، والدليل على إيجاب المقدار أن هذا اللحم فيه مقدر فكان فى بعضه بمقداره من دية كالمارن والحشفة والشفة والجفن وهذا مذهب الشافعى ، وهذا لا نعلمه مذهباً لأحد ؛ وما يقتضيه مذهبه ولا يصح لأن هذه جراحة تجب فيها الحكومة فلا يجب فيها مقدر كجراحات البدن ، ولا يصح قياس هذا على ما ذكرناه فإنه لا تجب فيه الحكومة ولا نعلم لما ذكرناه نظيراً .

« مسأله ، قال (وما لم يكن فيه من الجراح توقيت ولم يكن نظيراً لما وقت دية فقيه حكومة)

أما الذى فيه توقيت فهو الذى نص عليه النبي صلى الله عليه وسلم على أرشه وبين قدر دية ، كقوله « فى الأنف — الدية وفى اللسان الدية ، وقد ذكرناه وأما نظيره فهو ما كان فى معناه ومقياسه عليه ، كالإيتين والتدين والحاجبين . وقد ذكرنا ذلك أيضاً ، فما لم يكن من الوقت ولا مما يمكن قياسه عليه كالشجاج التى دون الموضحة ، وجراح البدن سوى الجائفة وقطع الأعضاء وكسر العظام المذكورة فليس فيه الا الحكومة .

« مسأله ، قال (والحكومة أن يتوهم المجنى عليه كأنه عبد لا جنایة به ثم يقوم وهي به قد برأت فما نقصته الجنایة فله مثله من الدية كأن تكون قيمته وهو عبد صحيح عشرة وقيمته وهو عبد به الجنایة تسعة فيكون فيه عشر دية)

هذا الذى ذكره الخرقى رحمه الله فى تفسير الحكومة . قول أهل العلم كلهم لا نعلم بينهم فيه خلافا . وبه قال الشافعى والعنبرى وأصحاب الراى وغيرهم قال ابن المنذر . كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى أن معنى قولهم حكومة . أن يقال إذا أصيب الانسان بجرح لا عقل له معلوم كم قيمة هذا المجروح . لو كان عبداً لم يجرح هذا الجرح ، فإذا قيل مائة دينار قيل وكم قيمته وقد أصابه هذا الجرح وانتهى برؤيه ؟ قيل . خمسة وتسعون . فالذى يجب على الجاني نصف عشر الدية وإن قالوا تسعون فعشر الدية . وإن زاد أو نقص فعلى هذا المثال . وإنما كان كذلك لأن جملته مضمونة بالدية فأجزاؤه مضمونة منها . كما أن المبيع لما كان مضموناً على البائع بالثمن كان أرش عيبه مقدراً من الثمن . فيقال كم قيمته لا عيب فيه فقالوا عشرة . فيقال : كم قيمته وفيه العيب ؟ فإذا قيل تسعة علم أنه نقص عشر قيمته فيجب أن ترد من الثمن عشرة ، أى قدر كان ونقدته عبداً ليكن تقويمه ونجعل العبد أصلاً للحر فيما لا موقت فيه والحر أصلاً للعبد فيما فيه توقيت

« مسأله ، قال اوعلى هذا ما زاد من الحكومة أو نقص إلا أن تكون الجنایة فى رأس أو وجه فيكون أسهل مما وقت فيه فلا يجاوز به أرش الموقت)

يعنى لو نقصته الجنایة أكثر من عشر قيمته . لوجب أكثر من عشر دية ولو نقصته أقل من العشر ، مثل أن نقصته نصف عشر قيمته . لوجب نصف عشر دية إلا إذا شجه دون الموضحة . فبلغ أرش الجراح بالحكومة أكثر من أرش الموضحة لم يجب الزائد

فلو جرحه فى وجهه سمحاً ففقدته عشر قيمته فمقتضى الحكومة وجوب عشر من الأبل ودية الموضحة خمس فمهما يعلم غلط المقوم ، لأن الجراحة لو كانت موضحة لم تزد على خمس مع أنها سمحاً وزيادة عليها ، فلأن لا يجب فى بعضها زيادة على خمس أولى . وهذا قول أكثر أهل العلم . وبه يقول

الشافعي وأصحاب الرأي . وحكى عن مالك : أنه يجب ما تخرجه الحكومة كأنما ما كان لأنها جراحة لا مقدر فيها . فوجب فيها ما نقص ، كما لو كانت في سائر البدن . ولنا أنها بعض الموضحة لأنه لو أوضحه لقطع ما قطعت هذه الجراحة ولا يجوز أن يجب في بعض الشيء أكثر مما يجب فيه ، ولأن الضرر في الموضحة أكثر والشين أعظم والمحل واحد ، فإذا لم يزد أرش الموضحة على خمس كان ذلك تنبيها على أن لا يزيد ما دونها عليها ، وأما سائر البدن فما كان فيه موقت كالاعضاء والعظام المعلومة والجائفة فلا يزداد جرح عظم على دية ، مثاله جرح أنملة فبلغ أرشها بالحكومة خمسا من الأبل فإنه يرد إلى دية الأنملة ، وإن جنى عليه في جوفه دون الجائفة لم يزد على أرش الجائفة : وما لم يكن كذلك وجب ما أخرجته الحكومة لأن المحل مختلف

فإن قيل فقد وجب في بعض البدن أكثر مما وجب في جميعه ، ووجب في منافع اللسان أكثر من الواجب فيه

قلنا إنما وجبت دية النفس عوضا عن الروح وليست الأطراف بعضها بخلاف مسائلنا هذه ، ذكره القاضى ويحتمل كلام الخرقى أن يختص امتناع الزيادة بالرأس والوجه لقوله إلا أن تكون الجنابة في رأس أو وجه فلا يجاوز به أرش الموقت (فصل) وإذا أخرجت الحكومة في شجاج الرأس التي دون الموضحة قدر أرش

الموضحة أو زيادة عليه ، فظاهر كلام الخرقى أنه يجب أرش الموضحة وقال القاضى يجب أن تنقص عنها شيئا على حسب ما يؤدي إليه الاجتهاد ، وهذا مذهب الشافعي لثلا يجب في بعضها ما يجب في جميعها

ووجه قول الخرقى أن مقتضى الدليل وجوب ما أخرجته الحكومة ، وإنما سقط الزائد على أرش الموضحة لمخالفته النص أو تنبيه النص فقيا لم يزد يجب البقاء على الأصل ، ولأن ما ثبت بالتنبيه يجوز أن يساوى المنصوص عليه في الحكم ولا يلزم أن يزيد عليه ، كما أنه لما نص على وجوب فدية الأذى في حق المعذور ولم تلزم زيادتها في حق من لا عذر له ، ولا يتمتع أن يجب في البعض ما يجب في الكل بدليل وجوب دية الأصابع ، مثل دية اليد كلها ، وفي حشفة الذكر مثل ما في جميعه

فإن قيل : هذا وجب بالتقدير الشرعى لا بالتقويم ؟ قلنا : إذا ثبت الحكم بنص الشارع لم يمتنع ثبوت مثله بالقياس عليه والاجتهاد المؤدى اليه . وفى الجمله فالحكومة دليل ترك العمل بها فى الزائد لمعنى مفقود فى المساوى فيجب العمل فيه بها لعدم المعارض ، ثم ان صح ما ذكره فينبغى أن ينقص أدنى ما تحصل به المساواة المحذورة ويجب الباقى عملاً بالدليل الموجب له والله أعلم .

فصل

ولا يكمن التقويم إلا بعد برء الجرح لأن أرش الجرح المقدر إنما يستقر بعد برئه فإن لم تنقصه الجناية شيئاً بعد البرء مثل أن قطع أصبعاً أو يداً زائدة أو قلع لحية امرأة فلم ينقصه ذلك بل زاده حسناً فلا شيء على الجاني لأن الحكومة لأجل جبر النقص ولا نقص هنا فأشبهه ما لو اطم وجهه فلم يؤثر ، وإن زادته الجناية حسناً فالجاني محسن بجنايته فلم يضمن كما لو قطع سلعة أو ثولولا وبط خراجاً ، ويحتمل أن يضمن .

قال القاضى نص أحمد على هذا لأن هذا جزء مضمون فلم يعر عن ضمان كما لو أتلّف مقدر الأرش فازداد به جمالا أو لم ينقصه شيئاً ، فعلى هذا يقوم فى أقرب الأحوال الى البرء لأنه لما سقط اعتبار قيمته بعد برئه قوم فى أقرب الأحوال اليه كولد المغرور لما تعذر تقويمه فى البطن قوم عند الوضع لأنه أقرب الأحوال التى أمكن تقويمه الى كونه فى البطن ، وإن لم ينقص فى تلك الحال قوم والدم جار لأنه لا بد من نقص للخوف عليه . ذكره القاضى ولأصحاب الشافعى وجهان كما ذكرنا وتقوم لحية المرأة كأنها لحية رجل فى حال ينقصه ذهاب لحيته وإن أتلّف سناً زائدة قوم وليس له سن ولا خلقها أصلية ثم يقوم ، وقد ذهبت الزائدة ، فإن كانت المرأة إذا قدرناها ابن عشرين نقصها ذهاب لحيتها يسيراً وإن قدرناها ابن أربعين نقصها كثيراً قدرناها ابن عشرين لأنه أقرب الأحوال الى حال المجنى عليه فأشبهه تقويم الجرح الذى لا ينقص بعد الاندمال فإنما تقومه فى أقرب الأحوال النقص الى حال الاندمال .

والاول أصح إن شاء الله فإن هذا لا مقدر فيه ولم ينقص شيئاً فأشبهه الضرب

وتضمنين النقص الحاصل حال جريان الدم إنما هو تضمنين الخوف عليه وقد زال فأشبه ما لو لطمه فاصفر لونه حال اللطمة أو احمر ثم زال ذلك ، وتقدير المرأة رجلاً لا يصح لأن اللحية زين للرجل وعيب فيها وتقدير ما يعيب بما يزين لا يصح وكذلك تقدير السن في حالة يراد زوالها بحالة تكره لا يجوز فإن الشيء يقدر بنظيره ويقاس على مثله لا على ضده ، ومن قال بهذا الوجه فإنه يوجب أدنى ما يمكن إيجابه وهو أقل نقص يمكن تقديره .

(فصل) وان لطمه على وجهه فلم يؤثر في وجهه فلا ضمان عليه لأنه لم ينقص به جمال ولا منفعة ولم يكن له حال ينقص فيها فلم يضمه كما لو شتمه ، وان سود وجهه أو خضره ضمنه بديته لأنه فوت الجمال على الكمال فضمنه بديته كما لو قطع أذن الأصم وأنف الأخرس .

وقال الشافعي : ليس فيه إلا حكومة لأنه لا مقدر فيه ولا هو نظير لمقدر ، وقد ذكرنا أنه نظير لقطع الأذنين في ذهاب الجمال بل هو أعظم في ذلك فيكون بإيجاب الدية أولى وان زال السواد يرد ما أخذه لزوال سبب الضمان ، وان زال بعضه وجبت فيه حكومة ورد الباقي وان صفر وجهه أو حمره ففيه حكومة لأن الجمال لم يذهب على الكمال وهذا يشبه ما لو سود سنه أو غير لونها على ما ذكرنا من التفصيل فيها .

مسألة ، قال (وان كانت الجناية على العبد مما ليس فيه شيء موقت في الحر ففيه ما نقصه بعد التام الجرح وان كان فيما جنى عليه شيء موقت في الحر فهو موقت في العبد ففي يده نصف قيمته وفي موضحته نصف عشر قيمته فنقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر وهكذا الأمة)

وجملته . أن الجناية على العبد يجب ضمانها بما نقص من قيمته لأن الواجب إنما وجب جبراً لما فات بالجناية ولا ينجر إلا بإيجاب ما نقص من القيمة فيجب ذلك كما لو كانت الجناية على غيره من الحيوانات وسائر المال ولا يجب زيادة على ذلك لأن حق المجنى عليه قد انجر فلا يجب له زيادة على ما فوته الجاني عليه ، هذا هو الأصل ولا نعلم فيه خلافاً فيما ليس فيه مقدر شرعي .

فإن كان الفأنت بالجناية موقتاً فى الحر كىده وموضحته فقىه عن أحمى روايتان إحداهما : أن فىه أىضا ما نقصه بالغما ما بلغ ، وذكر أبو الخطاب أن هذا اختبار الحلال ، وروى الميمونى عن أحمى أنه قال إنما يأخذ قيمة ما نقص منه على قول ابن عباس ، وروى هذا عن مالك فىما عدا موضحته ومنقلته وهاشمته وجائفته ؛ لأن ضمانه ضمان الاموال فىجب فىه ما نقص كالبهاىم ، ولأن ماضمن بالقيمة بالغما ما بلغ ضمن بعضه بما نقص كسائر الاموال ، ولأن مقتضى الدليل ضمان الفأنت بما نقص خالفناه فىما وقت فى الحر كما خالفناه فى ضمان بقىته بالدية الموقفة ، فقى العبد يبقى فىهما على مقتضى الدليل .

وظاهر المذهب أن ما كان موقتاً فى الحر فهو موقت فى العبد فقى يده أو عىنه أو أذنه أو شفته نصف قيمته وفى موضحته نصف عشر قيمته وما أوجب الدية فى الحر كالأنف واللسان والىدين والرجلىن والعىنلىن والأذنىن أوجب قيمة العبد مع بقاء ملك السىد علىه روى هذا عن على رضى الله عنه .

وروى نحوه عن سعىى بن المسىب ، وبه قال ابن سىرىن وعمر بن عبد العزىز والشافعى والثورى ، وبه قال أبو حنىفة .

قال أحمى هذا قول سعىى بن المسىب وقال آخرون ما أصىب به العبد فهو على ما نقص من قيمته .

والظاهر أن هذا لو كان قول على لما احتج أحمى فىه إلا به دون غىره إلا أن أبا حنىفة والثورى قالوا ما أوجب الدية من الحر يتخير سىىد العبد فىه بىن أن يغرمه قيمته وىصىر ملكاً للجانى وبىن أن لا يضممه شىئاً لتلا يؤدى الى اجتماع البىىل والمبىىل لرجل واحد ، وروى عن إىاس بن معاوىة فىمن قطع ىىد عبد عمداً أو فقا عىنه هو له وعلىه ثمنه

ووجه هذه الرواية : قول على رضى الله عنه ولم نعرف له فى الصحابة مخالفاً ولا أنه آدمى يضمّن بالقصاص والكفارة فكان فى اطرافه مقدر كالحر ولأن اطرافه فىها مقدر من الحر فكان فىها مقدر من العبد كالشجاج الاربع عند مالك وما يوجب فى شجاجه مقدر وجب فى اطرافه مقدر كالحر .

وعلى أبي حنيفة قول على ولأن هذه الأعضاء فيها مقدر فوجب ذلك فيها مع بقاء ملك السيد في العبد كاليد الواحدة وسائر الأعضاء ، ولأن من ضمننت يده بمقدر ضمننت يده بمثليه من غير أن يملكه كالحر .

وقولهم : إنه اجتمع البدل والمبدل لواحد إيس بصحيح لأن القيمة ههنا بدل العضو وحده ولو كان بدلا عن الجمله لكان بدل اليد الواحدة بدلا عن نصفه وبدل تسع أصابع بدلا عن تسعة أعشاره والامر بخلافه ، والامة مثل العبد في ذلك إلا أنها تشبه بالحررة وإذا بلغت ثلث قيمتها احتمل أن جنايتها ترد الى النصف فيكون في ثلاث أصابع وثلاثة أعشار قيمتها وفي أربعة أصابع خمسا كما أن المرأة تساوى الرجل في الجراح الى ثلث ديتها فإذا بلغت الثلث ردت الى النصف والامة امرأة فيكون أرشها من قيمتها كأرش الحررة .

ويحتمل أن لا يرد الى النصف لأن ذلك في الحررة على خلاف الاصل لكون الاصل زيادة الارش بزيادة الجناية وان كلما زاد نقصها وضررها زاد في ضمانها ؟ فإذا خولف هذا في الحررة بقينا في الامة على وفق الاصل .

(فصل) وإذا جنى على العبد في رأس أو وجه دون الموضحة فنقصته أكثر من أرشها وجب ما نقصته ، ويحتمل أن يرد الى نصف عشر قيمته كالحر إذا زاد أرش شجته الى دون الموضحة على نصف عشر دية ، والأول أولى لأن هذه جراحة لا موقت فيها فكان الواجب فيها ما نقص كما لو كانت في غير رأسه ولأن الاصل وجوب ما نقص خولف في المقدر ففي هذا يبقى على الاصل .

مسألة ، قال (وان كان المقتول خنثى مشكلا ففيه نصف دية ذكر ونصف دية أنثى)

وهذا قول أصحاب الرأي . وقال الشافعي الواجب دية أنثى لأنها اليقين فلا يجب الزائد بالشك ، ولنا أنه يحتمل الذكورية والانوثية احتمالا واحدا وقد ينسنا من انكشاف حاله فيجب التوسط بينهما والعمل بكلا الاحتمالين .

(فصل) فأما جراحه فما لم يبلغ ثلث الدية ففيه دية جرح الذكر لاستواء الذكر والأنثى في ذلك وان زاد على الثلث مثل أن قطع يده ففيه ثلاثة أرباع

دية يد الذكر سبعة وثلاثون بعيراً ونصف — ويقاد به الذكر والآثني لآثنيها
لا يختلفان في القود ويقاد هو بكل واحد منهما .

«مسألة» قال (وان كان المجنى عليه نصفه حر ونصفه عبد فلا قود وعلى
الجاني إن كان عمداً نصف — دية حر ونصف — قيمته وهكذا في جراحه وان كان
خطأ فعليه نصف — قيمته وعلى عاقلته نصف — الدية)

بعض لا قود على قاتله إذا كان نصفه حرأ لانه ناقص بالرق فلم يقتل به الحر
كما لو كان كله رقيقا ، وان كان قاتله عبداً قتل به لانه أكمل من الجاني وان كان
نصف — القاتل حرأ وجب القود لتساويهما وان كانت الحرية في القاتل أكثر لم
يجب القود لعدم المساواة بينهما وفي ذلك كله إذا لم يكن القاتل عبداً فعليه نصف —
دية حر ونصف — قيمته إذا كان عمداً لان العاقلة لا تحمل العمد وان كان خطأ
ففي ماله نصف — قيمته لان العاقلة لا تحمل العبد وعلى عاقلته نصف الدية لانها دية
حر في الخطأ والعاقلة تحمل ذلك .

وهكذا الحكم في جراحه إذا كان قدر الدية من أرشها يبلغ ثلث الدية مثل
أن يقطع أنفه أو يديه وان قطع إحدى يديه فعقل جميعها على الجاني في ماله لان
عليه نصف — دية اليد وهو ربع ديته لاجل حرية نصفه وذلك دون ثلث الدية
وعليه ربع قيمته .

(فصل) ودية الاعضاء كدية النفس فان كان الواجب من الذهب أو الورق
لم يختلف بعمد ولا خطأ ، وان كان من الإبل وجب في العمد أرباعا على إحدى
الروايتين وفي الأخرى يجب خمس وعشر منها حقائق وخمس وعشر جذاع
وخمسها خلفات وفي الخطأ يجب أخماسا فان لم يكن مثل أن يوضعه عمداً فانه
يجب أربعة أرباعا والخامس من أحد الاجناس الأربعة قيمته ربع قيمة الأربع
وان قلنا : بالرواية الأخرى وجب خلفتان وحقه وجذعة وبعير قيمته نصف —
قيمه — حقه ونصف قيمة جذعه ، وان كان خطأ وجب الخمس من الاجناس الخمسة
من كل جنس بعير ، وان كان الواجب دية أنملة ، وقلنا : يجب من ثلاثه أجناس
وجب بعير وثلث من الخلفات وحقه وجذعه .

وإن قلنا أرباعاً وجب ثلاثة وثلاث قيمتها نصف قيمة الأربعة وثلاثها ، وإن كان خطأ فقيمتها ثلثا قيمة الخمس ، وعند أصحابنا قيمة كل بعير مائة وعشرون درهماً أو عشرة دنانير ، ولا فائدة في تعيين أسنانها ، فإن اختلفت قيمة الدنانير والدراهم ، مثل أن كانت العشرة دنانير تساوي مائة درهم ، فقياس قولهم أنه إذا جاء بما قيمته عشرة دنانير لزم المجنى عليه قبوله لأنه لو جاءه بالدنانير لزمه قبولها فيلزمه قبول ما يساويها والله أعلم

باب القسامة

القسامة مصدر أقسم قسماً وقسامه ، ومعناه حلف — حلفاً ، والمراد بالقسامة ههنا الإيثار المكررة في دعوى القتل .

قال القاضي : هي الإيثار إذا كثرت على وجه المبالغة ، قال وأهل اللغة يذهبون إلى أنها القوم الذين يحلفون ، سموا باسم المصدر ، كما يقال رجل زور وعدل ورضى ، وأي الأمرين كان فهو من القسم الذي هو الحلف — .

والأصل في القسامه ما روى يحيى بن سعيد الأنصاري عن بشير بن يسار عن سهل بن أبي حنمة ورافع بن خديج أن محبسه بن مسعود وعبد الله بن سهل انطلقا إلى خيبر ففترقا في النخيل فقتل عبد الله بن سهل فاتهموا اليهود ، فجاء أخوه عبد الرحمن وابنا عمه حويصة ومحبسه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فتكلم عبد الرحمن في أمر أخيه — وهو أصغرهم — فقال النبي صلى الله عليه وسلم : كبر كبر — أو قال — ليبدأ الأكبر ، فتكلم في أمر صاحبهما ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع إليكم برمته ، فقالوا أمر لم نشهده كيف نحلف — قال : فتبرئكم يهود بآيثار خمسين منهم ، قالوا يا رسول الله : قوم كفار ضلال ؟ قال فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من قبله . قال سهل : فدخلت مريداً لهم فركضتني ناقة من تلك الابل . متفق عليه

مسألة ، قال أبو القاسم رحمه الله (إذا وجد قتيل فادعى أولياؤه على قوم

لا عداوة بينهم ولم يكن لهم بينه لم يحكم لهم بيمين ولا غيرها)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين :

الأول : في أنه إذا وجد قتيل في موضع فادعى أولياؤه قتله على رجل أو جماعة ولم تكن بينهم عداوة ولا لوث فهي كسائر الدعاوى إن كانت لهم بينة حكم لهم بها وإلا فالقول قول المنكر ، وبهذا قال مالك والشافعي وابن المنذر .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إذا ادعى أولياؤه قتله على أهل المحلة أو على معين فللولي أن يختار من الموضع خمسين رجلا يحلفون خمسين يمينا : والله ما قتلناه ولا علينا قاتله ، فإن نقصوا عن الخمسة ين كررت الأيمان عليهم حتى تم : فإذا حلفوا وجبت الدية على باقي الحطة ، فإن لم يكن وجبت على سكان الموضع ، فإن لم يحلفوا حبسوا حتى يحلفوا أو يقرروا ، لما روي أن رجلا وجد قتيلا بين حينين خلفهم عمر رضى الله عنه خمسة - ين يمينا وقضى بالدية على أقربهما - يعني أقرب الحيين ، فقالوا والله ما وقت أيماننا أموالنا ولا أموالنا أيماننا ، فقال عمر حقنتم بأموالكم دماءكم .

ولنا حديث عبد الله بن سهل وقول النبي صلى الله عليه وسلم « لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم » ، ولكن الأئمة على المدعى عليه ، رواه مسلم ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » ، ولأن الأصل في المدعى عليه براءة ذمته ولم يظهر كذبه فكان القول قوله كسائر الدعاوى ولأنه مدعى عليه فلم تلزمه ائمة واليمين والغرم كسائر الدعاوى . وقول النبي صلى الله عليه وسلم أولى من قول عمر وأحق بالاتباع .

ثم قصة عمر يحتمل أنهم اعترفوا بالقتل خطأ وأنكروا العمد فأحلفوا على العمد ، ثم إنهم لا يعملون بخبر النبي (ص) المخالف للأصول ، وقد صاروا ههنا إلى ظاهر قول عمر المخالف للأصول ، وهو إيجاب الأيمان على غير المدعى عليه وإلزامهم الغرم مع عدم الدعوى عليهم ، والجمع بين تحليفهم وتغريمهم وحبسهم على الأيمان . قال ابن المنذر : سن النبي صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، وسن القسامة في القتل الذي وجد بخير ، وقول أصحاب الرأي خارج عن هذه السنن .

فصل : ولا تسمع الدعوى على غير معين ، فلو كانت الدعوى على أهل مدينة أو محلة أو واحد غير معين أو جماعة منهم بغير أعيانهم لم تسمع الدعوى ، وبهذا

قال الشافعي ، وقال أصحاب الرأي : نسمع ويستحلف خمسون منهم ، لأن الانصار ادعوا القتل على يهود خيبر ولم يعينوا القاتل ، فسمع رسول الله (ص) دعواهم . ولنا أنها دعوى في حق فلم تسمع على غير معين كسائر الدعاوى . فأما الخبر فإن دعوى الانصار التي سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تكن الدعوى التي بين الخصمين المختلف فيها ، فإن تلك من شرطها حضور المدعى عليه عندهم أو تعذر حضوره عندهم ، وقد بين النبي صلى الله عليه وسلم أن الدعوى لا تصح إلا على واحد بقوله : تقسمون على رجل منهم فيدفع اليكم برمته ، وفي هذا بيان أن الدعوى لا تصح على غير معين .

(فصل)

فأما إن ادعى القتل من غير وجود قتل ولا عداوة فحكم سائر الدعاوى في اشتراط تعيين المدعى عليه وأن القول قوله لا نعلم فيه خلافا .

الفصل الثاني . أنه إذا ادعى القتل ولم تكن عداوة ولا لوث ففيه عن أحمد روايتان ، إحداهما لا يحلف المدعى عليه ولا يحكم عليه بشيء ويخلى سبيله ، هذا الذي ذكره الحرقى ههنا ، وسواء كانت الدعوى خطأ أو عمداً لأنها دعوى فيها لا يجوز بذله فلم يستحلف فيها كالحدود ، ولأنه لا يقضى في هذه الدعوى بالنكول فلم يستحلف فيها كالحدود .

والثانية : يستحلف وهو الصحيح ، وهو قول الشافعي لعموم قوله عليه السلام : اليمين على المدعى عليه ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه ، ظاهر في إيجاب اليمين ههنا لوجهين . أحدهما عموم اللفظ فيه ، والثاني أن النبي صلى الله عليه وسلم ، ذكره في صدر الخبر بقوله : لادعى قوم دماء رجال وأموالهم — ثم عقبه بقوله — ولكن اليمين على المدعى عليه ، فيعود إلى المدعى عليه المذكور في الحديث ، ولا يجوز اخراجه منه إلا بدليل أقوى منه ولأنها دعوى في حق آدمي فيستحلف فيها كدعوى المال ، ولأنها دعوى لو أقر بها لم يقبل رجوعه عنها فتجب اليمين فيها كالأصل المذكور .

إذا ثبت هذا فالمشروع يمين واحدة ، وعن أحمد أنه يشرع خمسون يميناً ،

لأنها دعوى في القتل فكان المشروع فيها خمسون يمينا ، كما لو كان بينهم لوث
والشافعي قولان في هذا كالروايتين .

ولنا أن قوله عليه السلام : ولكن اليمين على المدعى عليه ، ظاهر في أنها يمين
واحدة من وجهين : أحدهما أنه وحد اليمين فينصرف إلى واحدة ، والثاني أنه لم
يفرق في اليمين المشروعة فيدل على التسوية بين المشروعة في الدم والمال ، ولأنها
يمين يعصدها الظاهر والأصل فلم تغلظ كسائر الأيمان ، ولأنها يمين مشروعة في
جنبه المدعى عليه ابتداء فلم تغلظ بالتكرير كسائر الأيمان ، وبهذا فارق ما ذكروه
فإن نكل المدعى عليه عن اليمين لم يجب القصاص بغير خلاف في المذهب .

وقال أصحاب الشافعي : إن نكل المدعى عليه ردت اليمين على المدعى فحلف
خمسین يمينا واستحق القصاص إن كانت الدعوى عمداً ، والدية إن كانت موجهة
للقتل لأن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كاليمين أو الإقرار والقصاص يجب
بكل واحد منهما .

ولنا أن القتل لم يثبت بيمين ولا إقرار ولم يعصده لوث فلم يجب القصاص كما
لو لم ينكل ، ولا يصح إلحاق الأيمان مع النكول بيمين ولا إقرار لأنها أضعف
منها ، بدليل أنه لا يشرع إلا عند عدمها فيكون بدلا عنهما ، والبديل أضعف من
المبديل ، ولا يلزم من ثبوت الحكم بالأقوى ثبوته بالأضعف ، ولا يلزم من
وجوب الدية وجوب القصاص لأنه لا يثبت بشهادة النساء مع الرجال ولا بالشاهد
واليمين ويحتاج له ويدراً بالشبهات . والدية بخلافه ، فأما الدية فتثبت بالنكول
عند من يثبت المال به أو ترد اليمين على المدعى فيحلف يمينا واحدة ويستحقها ،
كما لو كانت الدعوى في مال والله أعلم .

مسألة ، قال (فإن كان بينهم عداوة ولو قادعى أولياؤه على واحد
حلف الأولياء على قاتله خمسين يمينا واستحقوا دمه إذا كانت الدعوى عمداً)

الكلام في هذه المسألة في فصول أربعة :

الأول : في اللوث المشترك في القسامة ، واختلفت الرواية عن أحمد فيه فروى

عنه أن اللوث هو العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعى عليه، كمنحو ما بين الأنصار ويهود خيبر، وما بين القبائل والأحياء وأهل القرى الذين بينهم الدماء والحروب وما بين أهل العدل وما بين الشرطة والأصوص، وكل من بينه وبين المقتول ضغن يغلب على الظن أنه قتله .

نقل معنا عن أحمد فيمن وجد قتيلا في المسجد الحرام ينظر من بينه وبينه في حياته شيء، يعنى ضغنا يؤخذون به ، ولم يذكر القاضى في اللوث غير العداوة، إلا أنه قال في الفريقين يقتلان فينكشفون عن قتل فاللوث على الطائفة ، واللوث على طائفة القتل .

إذا ثبت هذا فإنه لا يشترط مع العداوة أن لا يكون في الموضع الذى به القتل غير العدو ، نص عليه أحمد في رواية منها التى ذكرناها ، وكلام الحرقى يدل عليه أيضاً ، واشترط القاضى أن لا يوجد القتل في موضع عدو لا يختلط بهم غيرهم، وهذا مذهب الشافعى لأن الأنصارى قتل في خيبر ولم يكن فيها إلا اليهود وجميعهم أعداء ، ولأنه متى اختلط بهم غيرهم احتمل أن يكون القاتل ذلك الغير، ثم ناقض القاضى قوله فقال في قوم ازدحموا في مضيق فافترقوا عن قتل إن كان في القوم من بينه وبينهم عداوة وامكن أن يكون هو قتله لسكونه بقربه فهو لوث ، لجعل العداوة لوثاً مع وجود غير العدو .

ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يسأل الأنصار هل كان بخيبر غير اليهود أم لا مع أن الظاهر وجود غيرهم فيها لأنها كانت أملاكا للسلدين يقصدونها لأخذ غلات أملاكهم منها وعمارتها والإطلاع عليها والامتيار منها ، ويبعد أن تكون مدينة على بجادة تخلو من غير أهلها ، وقول الأنصار ليس لنا بخيبر عدو إلا يهود يدل على أنه قد كان بها غيرهم ممن ليس بعدو ، ولأن اشتراكهم في العداوة لا يمنع من وجود اللوث في حق واحد وتخصيصه بالدعوى مع مشاركة غيره في احتمال قتله فلأن يمنع ذلك وجود من يبعد منه القتل أولى وما ذكرناه من الاحتمال لا ينفي اللوث ، فإن اللوث لا يشترط فيه يقين القتل من المدعى عليه ولا تنافيه الاحتمال ولو تيقن القتل من المدعى عليه لما احتجج إلى الأيمان ولو اشترط نفي الاحتمال لما صححت الدعوى على واحد من جماعة لأنه يحتمل أن القاتل غيره ولا على الجماعة

كلمهم لانه يحتمل أن لا يشترك الجميع في قتله . (والرواية الثانية) عن أحمد ان اللوث ما يغلب على الظن صدق المدعى وذلك من وجوه

أحدها : العداوة المذكورة ، والثاني : ان يفرق جماعة عن قتيل فيكون ذلك لوثا في حق كل واحد منهم . فإن ادعى الولي على واحد فأنكر كونه مع الجماعة فالقول قوله مع يمينه ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لأن الاصل عدم ذلك إلا أن يثبت بينة . الثالث أن يزحم الناس في مضيق فيوجد فيهم قتيل ، فظاهر كلام أحمد ان هذا ليس بلوث فإنه قال فيمن مات بالزحام يوم الجمعة فديته في بيت المال ، وهذا قول إسحاق ، وروى ذلك عن عمر وعلي ، فإن سعيداً روى في سننه عن إبراهيم قال : قتل رجل في زحام الناس بعرفة فجاء أهله الى عمر فقال : بينكم على من قتله فقال علي يا أمير المؤمنين لا يطل دم امرئ مسلم ان علمت قاتله وإلا فأعطه دية من بيت المال

قال أحمد فيمن وجد مقتولا في المسجد الحرام : ينظر من كان بينه وبينه شيء في حياته ، يعني عداوة ، يؤخذون فلم يجعل الحضور لوثا وإنما جعل اللوث العداوة وقال الحسن والزهرى فيمن مات في الزحام : دية على من حضر لأن قتله حصل منهم ؛ وقال مالك دمه هدر لأنه لا يعلم له قاتل ولا وجد لوث فيحكم بالقسامة . وقد روى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب إليه في رجل وجد قتيلاً لم يعرف قاتله فكتب إليهم : ان من القضايا قضايا لا يحكم فيها إلا في الدار الآخرة وهذا منها الرابع : ان يوجد قتيل لا يوجد بقرية إلا رجل معه سيف أو سكين ملطخ بالدم ولا يوجد غيره ممن يغلب على الظن أنه قتله ، مثل أن يرى رجلاً هارباً يحتمل أنه القاتل أو سبعا يحتمل ذلك فيه

الخامس : أن يقتل فتان فيفترقون عن قتيل من إحداهما فاللوث على الأخرى ذكره القاضي ؛ فإن كانوا بحيث لا تصل سهام بعضهم بعضاً فاللوث على طائفة القتيل ، هذا قول الشافعي .

وروى عن أحمد أن عقل القتيل على الذين تازعوا في قتله إذا اقتلت الفتان إلا أن يدعوا على واحد بعينه ، وهذا قول مالك ، وقال ابن أبي ليلى : على الفريقين جميعاً لأنه يحتمل أنه مات من فعل أصحابه فاستوى الجميع فيه

وعن أحد في قوم اقتتلوا فقتل بعضهم وجرح بعضهم . فدية المقتولين على المجروحين تسقط منها دية الجراح ، وإن كان فيهم من لا جرح فيه فهل عليه من الديات شيء ؟ على وجهين ذكرهما ابن حامد .

السادس . أن يشهد بالقتل عبيد ونساء فهذا فيه عن أحمد روايتان .
إحدهما : أنه لو ثبت أنه يغلب على الظن صدق المدعى في دعواه فأشبهه العداوة والثانيه : ليس بلوث لأنها شهادة مردودة فلم تكن لوثا كما لو شهد به كفار ، وإن شهد به فساق أو صبيان فهل يكون لوثا ؟ على وجهين .
أحدهما : ليس بلوث لأنه لا يتعلق بشهادتهم حكم فلا يثبت اللوث بها .
كشهادة الاطفال والمجانين .

والثاني : يثبت بها اللوث لأنها شهادة يغلب على الظن صدق المدعى فأشبهه شهادة النساء والعبيد وقول الصبيان معتبر في الاذن في دخول الدار وقبول الهدية ونحوها ، وهذا مذهب الشافعي ، ويعتبر أن يجيء الصبيان متفرقين لئلا يتطرق اليهم النواطؤ على الكذب فهذه الوجوه قد ذكر عن أحمد أنها لو ثبت أنها يغلب على الظن صدق المدعى أشبهت العداوة .

وروى أن هذا ليس بلوث ، وهو ظاهر كلامه في الذي قتل في الزحام لأن اللوث إنما يثبت بالعداوة بقضية الانحصار القليل بخير ولا يجوز القياس لأن الحكم ثبت بالمظنة ولا يجوز القياس في المظان لأن الحكم إنما يتعدى بتعدي سببه والقياس في المظان جمع بجورد الحكمة وغلبة الظنون والحكم والظنون تختلف ولا تأتلف وتختبط ولا تنضبط وتختلف باختلاف القرائن والاحوال والاشخاص فلا يمكن ربط الحكم بها ولا تعديته بتعديها ولأنه يعتبر في التعدي والقياس التساوي بين الأصل والفرع في المقتضى ولا سبيل الى يقين التساوي بين الظنين مع كثرة الاحتمالات وترددها فعلى هذه الرواية : حكم هذه الصور حكم غيرها مما لا لوث فيه .

(فصل) وإن شهد رجلان على رجل أنه قتل أحد هذين القتيلين لم تثبت هذه الشهادة ولم يكن لوثا عند أحد علمائنا ، قوله وإن شهد أن هذا القتيل قتله أحد هذين الرجلين أو شهد أحدهما أن هذا قتله وشهد الآخر أنه أقر بقتله أو شهد

أحدهما أن هذا قتله بسيف — وشهد الآخر أنه قتله بسكين لم تثبت الشهادة ولم يكن لوثا هذا قول القاضى واختياره والمنصوص عن أحد فيما إذا شهد أحدهما بقتله والآخر بالاقرار بقتله أنه يثبت القتل .

واختار أبو بكر ثبوت القتل ههنا وفيما إذا شهد أحدهما أنه قتله بسيف — وشهد الآخر أنه قتله بسكين لانهما اتفقا على القتل واختلفا في صفته ، وقال الشافعى هو لوث في هذه الصورة في أحد القولين وفي الصورتين اللتين قبلها هو لوث لانها شهادة يغاب على الظن صدق المدعى أشبهت شهادة النساء والعبيد . ولنا أنها شهادة مردودة للاختلاف فيها فلم يكن لوثا كالصورة الاولى .

(فصل) وليس من شرط اللوث أن يكون بالقتيل أثر ، وبهذا قال مالك والشافعى : وعن أحمد أنه شرط ، وهذا قول حماد وأبي حنيفة والثورى لانه إذا لم يكن به أثر احتمل أنه مات حتف — انفه .

ولنا أن النبى (ص) لم يسأل الانصار هل كان بقتيلهم أثر أو لا ؟ ولان القتل يحصل بما لا اثر له كغم الوجه والحنق وعصر الخصيتين وضربة الفؤاد فأشبه من به أثر ومن به أثر قد يموت حتف — انفه لسقطته او صرعته او يقتل نفسه ، فعلى قول من اعتبر الاثر إن خرج الدم من اذنه فهو لوث لانه لا يكون الا بالحنق له او امر أصيب به ، وان خرج من انفه فهل يكون لوثا ؟ على وجهين .

الفصل الثانى . ان القسامة لا تثبت ما لم يتفق الاولياء على الدعوى فان كذب بعضهم بعضاً فقال أحدهم قتله هذا ، وقال الآخر لم يقتله هذا او قال بل قتله هذا الآخر لم تثبت القسامة نص عليه أحمد وسواء كان المكذب عدلا او فاسقا ، وذكر عن الشافعى ان القسامة لا تبطل بتكذيب الفاسق لان قوله غير مقبول :

ولنا انه مقرر على نفسه بتبرئة من ادعى عليه اخوه فقبل كما لو ادعى ديناهما وإنما لا يقبل قوله على غيره ، فأما على نفسه فهو كالعدل لانه لا يهتم في حقها ، فأما ان لم يكذبه ولم يوافق في الدعوى مثل ان قال أحدهما قتله هذا ، وقال الآخر لا نعم فآثله فظاهر كلام الحرقى ان القسامة لا تثبت لاشتراطه ادعاء الاولياء على واحد ، وهذا قول مالك .

وكذلك إن كان أحد الوليين غائباً فادعى الحاضر دون الغائب أو ادعى جميعاً على واحد ونكل أحدهما عن الإيمان لم يثبت القتل في قياس قول الخرقى ومقتضى قول أبي بكر والقاضى ثبوت القسامة ، وكذلك مذهب الشافعى لأن أحدهما لم يكذب الآخر فلم تبطل القسامة كما لو كان أحد الوارثين امرأة أو صغيراً فعلى قولهم يخلف المدعى خمسين يمينا ويستحق نصف الدية لأن الإيمان ههنا بمنزلة البينة ولا يثبت شيء من الحق إلا بعد كمال البينة فأشبهه ما لو ادعى أحدهما دينا لأبيهما فإنه لا يستحق نصيبه من الدين إلا أن يقيم بينة كاملة ، وذكر أبو الخطاب فيما إذا كان أحدهما غائباً أن الأول فيه وجهان .

أحدهما : أنه يخلف — خمسا وعشرين يمينا وهذا قول ابن حامد لأن الإيمان مقسومة عليه وعلى أخيه بدليل ما لو كانا حاضرين متفقين فى الدعوى ولا يخلف — الإنسان عن غيره فلا يلزمه أكثر من حصته فإذا حضر الغائب أقسم خمسا وعشرين يمينا وجهها واحداً لأنه يبنى على إيمان أخيه .

وذكر أبو بكر والقاضى فى نظير هذه المسألة أن الأول يخلف — خمسين يمينا وهل يخلف — الثانى خمسين أو خمسا وعشرين ؟ على وجهين . أحدهما : يقول يخلف — خمسين لأن أخاه لم يستحق إلا بخمسين فكذلك هو .

ولنا أنهما لم يتفقا فى الدعوى فلم تثبت القسامة كما لو كذبه ولأن الحق فى محل الوفاق إنما يثبت بإيمانها التى أقيمت مقام البينة ولا يجوز أن يقوم أحدهما مقام الآخر فى الإيمان كما فى سائر الدعاوى فعلى هذا أن قدم الغائب فوافق أخاه أو عاد من لم يعلم فقال قد عرفته هو الذى عينه أخى أقسم حينئذ .

وان قال أحدهما قتله هذا ، وقال الآخر قتله هذا وفلان ، فعلى قول الخرقى لا تثبت القسامة لأنها لا تكون الا على واحد وعلى قول غيره يخلفان على من اتفقا عليه ويستحقان نصف الدية ولا يجب القود لأنه إنما يجب فى الدعوى على واحد ويخلفان — جميعاً على هذا الذى اتفقا عليه على حسب دعاوئها ويستحقان نصف الدية ولا يجب أكثر من نصف الدية لأن أحدهما يكذب الآخر فى النصف — الآخر فتنى اللوث فى حقه فى نصف — الدم الذى اتفقا عليه ولم يثبت

في النصف الذي كذبه أخوه فيه ولا يحلف الآخر على الآخر لأن أخاه كذبه في دعواه عليه .

وان قال أحدهما قتل أبي زيد وآخر لا أعرفه ، وقال الآخر قتله عمرو وآخر لا أعرفه لم تثبت القسامة في ظاهر قول الخرقى لأنها لا تكون إلا على واحد ولا نهما ما اتفقا في الدعوى على واحد ولا يمكن أن يحلفا على من لم يتفقا في الدعوى عليه والحق إنما ثبت في محل الوفاق بإيمان الجميع فكيف ثبت في الفرع بإيمان البعض ؟ وقال أبو بكر والقاضي تثبت القسامة ، وهذا مذهب الشافعي لأنه ليس ههنا تكذيب فإنه يجوز أن يكون الذي جهله كل واحد منهما هو الذي عرفه أخوه فيحلف كل واحد منهما على الذي عينه خمسين يمينا ويستحق ربع الدية فإن عاد كل واحد منهما فقال قد عرفت الذي جهله وهو الذي عينه أخى حلف أيضاً على الذي حلف عليه أخوه وأخذ منه ربع الدية ويحلف خمسا وعشرين يمينا لأنه يبنى على إيمان أخيه فلم يلزمه أكثر من خمس وعشرين كما لو عرفه ابتداء ، وفيه وجه آخر أنه يحلف خمسين يمينا لأن أخاه حلف خمسين يمينا وللشافعي في هذا قولان كالوجهين ويجوز في المسألة وجه آخر وهو أن الأول لا يحلف أكثر من خمسة وعشرين يمينا لأنه إنما يحلف على ما يستحقه والذي يستحقه النصف فيكون عليه نصف الأيمان كما لو حلف أخوه معه ، وإن قال كل واحد منهما الذي كنت جهلته غير الذي عينه أخى بطلت القسامة التي أقسمها لأن التكذيب يقدح في اللوث فيرد كل واحد منهما ما أخذ من الدية . وإن كذب أحدهما أخاه ولم يكذبه الآخر بطلت قسامة المكذب دون الذي لم يكذب .

(فصل) وإن قال الولي بعد القسامة غلطت ما هذا الذي قتله أو ظلمته بدعوى القتل عليه أو قال كان هذا المدعى عليه في بلد آخر يوم قتل وإي وكان بينهما بعد لا يمكن أن يقتله إذا كان فيه بطلت القسامة ولزمه رد ما أخذه لأنه مقر على نفسه فقبل إقراره ، وإن قال ما أخذته حرام مثل عن ذلك ، فإن قال أردت أنني كذبت في دعوى عليه بطلت قسامته أيضا .

وان قال أردت أن الأيمان تكون في جنبه المدعى عليه كذهب أبي حنيفة لم تبطل

القسامة لأنها ثبتت باجتماع الحاكم فيقدم على اعتقاده وان قال هذا مغصوب وأقر
بمن غصب منه لزمه رده عليه ولا يقبل قوله على من أخذه منه لان الانسان لا يقبل
اقراره على غيره وان لم يقر به لاحد لم ترفع يده عنه لانه لم يتعين مستحقه ، وان
اختلفا في مراده بقوله فالحول قوله لانه اعرف بقصده

(فصل) وان اقام المدعى عليه بينة انه كان يوم القتل في بلد بعيد من بلد المقتول
لا يمكن مجيئه منه اليه في يوم واحد بطلت الدعوى ، وان قالت البينة نشهد ان فلانا
لم يقتله لم نسمع هذه الشهادة لانه تنفى مجرد فإن قال ما قتله فلان بل قتله فلان سمعت
لانها شهدت باثبات تضمن النفي فسمعت كما لو قالت ما قتله فلان لانه كان يوم
القتل في بلد بعيد

(فصل) فإن جاء رجل فقال ما قتله هذا المدعى عليه بل أنا قتلته فكذبه الولي
لم تبطل دعواه وله القسامة ولا يلزمه رد الدية ان كان أخذها لانه قول واحد ولا
يلزم المقر شيء لانه أقر لمن يكذبه وان صدقه الولي أو طالبه بموجب القتل لزمه
رد ما أخذه وبطلت دعواه على الاول لان ذلك جرى مجرى الاقرار بطلان
الدعوى وهل له مطالبة المقر ؟ فيه وجهان

أحدهما : له مطالبة لانه أقر له بحق فملك مطالبة به كسائر الحقوق .
والثاني : ليس له مطالبة لان دعواه على الاول انفرادا بالقتل إبراء لغيره
فلا يملك مطالبة من أبراه ، والمنصوص عن أحمد رحمه الله أنه يسقط القود عنهما
وله مطالبة الثاني بالدية فانه قال في رجل شهد عليه شاهدان بالقتل فأخذ ليقناده
منه فجاء رجل فقال ما قتله هذا أنا قتلته فالحود يسقط عنهما والدية على الثاني .
ووجه ذلك ما روى أن رجلا ذبح رجلا في خربة وتركه وهرب وكان قصاب
قد ذبح شاة وأراد ذبح أخرى فهربت منه الى الخربة فتبعها حتى وقف على القتل
والسكين بيده ملطخة بالدم فأخذ على تلك الحال وجيء به الى عمر رضي الله عنه
فأمر بقتله فقال القاتل في نفسه يا ويله قتلت نفسا ويقتل بسببي آخر فقام فقال
أنا قتلته ولم يقتله هذا فقال عمر إن كان قد قتل نفسا فقد أحيا نفسا ، ودرأ عنه
القصاص ، ولأن الدعوى على الاول شبهة في درء القصاص عن الثاني وتجب الدية
عليه لإقراره بالقتل الموجب لها وهذا القول أصح وأعدل مع شهادة الأثر بصحته

الفصل الثالث : أن الأولياء إذا ادعوا القتل على من بينه وبين القتل لوث شرعت اليمين في حق المدعين أولا فيحلفون خمسين يمينا على المدعى عليه إن قتله وثبت حقهم قبله ، فإن لم يحلفوا استحلف المدعى عليه خمسين يمينا وبرى ، وبهذا قال يحيى بن سعيد وربيعة وأبو الزناد ومالك والشافعي .

وقال الحسن : يستحلف المدعى عليهم أولا خمسين يمينا ويبرءون ، وإن أبوا أن يحلفوا استحلف خمسون من المدعين أن حقنا قبلكم ثم يعطون الدية لقول النبي صلى الله عليه وسلم : ولكن اليمين على المدعى عليه ، رواه مسلم ، وفي لفظ : البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، رواه الشافعي في مسنده ، وروى أبو داود بإسناده عن سليمان بن يسار عن رجال من الأنصار أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لليهود وبدأ بهم : يحلف منكم خمسون رجلا ، فأبوا فقال للأنصار : استحقوا ، قالوا نخلف على الغيب يا رسول الله ، فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم على اليهود لأنه وجد بين أظهرهم ، ولأنها يمين في دعوى فوجبت في جانب المدعى عليه ابتداء كسائر الدعاوى .

وقال الشعبي والنخعي والثوري وأصحاب الرأي : يستحلف خمسون رجلا من أهل المحلة التي وجد فيها القتل بالله ما قتلناه ولا علمنا قاتلا ، ويغرمون الدية لقضاء عمر بذلك ولم نعرف له في الصحابة مخالفا فكان إجماعا ، وتكلموا في حديث سهل بما روى أبو داود عن محمد بن إبراهيم بن الحارث التيمي عن عبد الرحمن ونجيد بن قبطى أحد بني حارثة .

قال محمد بن إبراهيم : وإيم الله ما كان سهل بأعلم منه ، ولكنه كان أسن منه ، قال : والله ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم احلفوا على ما لا علم لكم به ، ولكنه كذب إلى يهود حين كلمته الأنصار ، أنه وجد بين أياتكم قتل ندوه ، فكتبوا يحلفون بالله ما قتلوه ولا يعلمون له قاتلا ، فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده .

ولنا حديث سهل وهو صحيح متفق عليه ، ورواه مالك في موطنه وعمل به وما عارضه من الحديث لا يصح لوجوه : أحدها أنه نقي فلا يرد به قول المثبت ، والثاني أن سهلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم شاهد القصة وعرفها

حتى أنه قال . ركضتني ناقة من تلك الإبل ، والآخر يقول برأيه وظنه من غير أن يرويه عن أحد ولا حضر القصة ، والثالث أن حديثنا مخرج في الصحيحين متفق عليه وحديثهم بخلافه :

الرابع : أنهم لا يعملون بحديثهم ولا حديثنا فكيف يحتجون بما هو حجة عليهم فيما خالفوه فيه ؟ وحديث سليمان بن يسار عن رجال من الأنصار ، ولم يذكر لهم صحة فهو أدنى لهم من حديث محمد بن إبراهيم وقد خالف الحديثين جميعا فكيف يجوز أن يعتمد عليه ؟

وحديث ، اليمين على المدعى عليه ، لم ترد به هذه القصة لأنه يدل على أن الناس لا يعطون بدعواهم ، وهنا قد أعطوا بدعواهم ، على أن حديثنا أخص منه فيجب تقديمه ، ثم هو حجة عليهم لكون المدعين أعطوا بمجرد دعواهم من غير بينة ولا يمين منهم ، وقد رواه ابن عبد البر بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي (ص) قال : البينة على المدعى واليمين على من أنكر إلا في القسامة ، وهذه الزيادة تعين العمل بها لأن الزيادة من الثقة مقبولة ، ولأنها آيات مكررة فيبدأ فيها بإيمان المدعين كاللعان .

إذا ثبت هذا فإن إيمان القسامة خمسون مرددة على ما جاءت به الأحاديث الصحيحة وأجمع عليه أهل العلم لا نعلم أحدا خالف فيه .

الفصل الرابع : أن الأولياء إذا حلفوا استحقوا القود إذا كانت الدعوى عمداً إلا أن يمنع منه مانع ، روى ذلك عن ابن الزبير وعن عمر بن عبد العزيز ، وبه قال مالك وأبو ثور وابن المنذر .

وعن معاوية وابن عباس والحسن وإسحاق : لا تجب بها الدية لقول النبي صلى الله عليه وسلم : إما أن تدوا صاحبكم وإما أن تؤذنوا بحرب من الله ، ولأن إيمان المدعين إنما هي بغلبة الظن وحكم الظاهر فلا يجوز اشاطة الدم بها لقيام الشبهة المتمكنة منها ، ولأنها حجة لا يثبت بها النكاح ولا يجب بها القصاص كالشاهد واليمين ، وللشافعي قولان كالْمذهبين .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع إليكم برمته ، وفي رواية مسلم : فيسلم إليكم ، وفي لفظ : وتستحقون دم

صاحبكم ، فأراد دم القاتل لأن دم القاتل ثابت لهم قبل اليمين والرمة الحبل الذي يربط به من عليه القود ، ولأنها حجة ثبت بها العمد فيجب بها القود كالبينة ، وقد روى الاثرم بإسناده عن عامر الاحول أن النبي (ص) أقاد بالقسامة الطائفة وهذا نص ، ولأن الشارع جعل القول قول المدعى مع يمينه احتياطاً للدم ، فإن لم يجب القود سقط هذا المعنى .

• مسألة ، قال (فإن لم يحلف المدّعون حلف المدعى عليه خمسين يمينا وبرى)

هذا ظاهر المذهب وبه قال يحيى بن سعيد الانصارى وربيعة وأبو الزناد ومالك والليث والشافعى وأبو ثور ، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد أنهم يحلفون ويغرمون الدية لقضية عمرو وخبر سليمان بن يسار وهو قول أصحاب الراى ولنا قول النبي عليه السلام : فتبرئكم يهود بأيمان خمسين منهم ، أى يتبرءون منكم ، وفى لفظ قال : فيحلفون خمسين يمينا ويبرءون من دمه ، وقد ثبت أن النبي (ص) لم يغرم اليهود وأنه أداها من عنده ، ولأنها أيمان مشروعة فى حق المدعى عليه فيبرأ بها كسائر الايمان ولأن ذلك اعطاء بمجرد الدعوى فلم يجز للخبر ومخالفة مقتضى الدليل ، فإن قول الانسان لا يقبل على غيره بمجرد كدعوى المال وسائر الحقوق ، ولأن فى ذلك جماع بين اليمين والغرم فلم يشرع كسائر الحقوق .

• مسألة ، قال : فإن لم يحلف المدعون ولم يرضوا بيمين المدعى عليه فداه الامام من بيت المال)

يعنى أدى دينه لقضية عبدالله بن سهل حين قتل بخير فابى الانصار أن يحلفوا وقالوا كيف نقبل ايمان قوم كفار ؟ فوداه النبي صلى الله عليه وسلم من عنده كراهية أن يطل دمه ، فإن تعذر فداؤه من بيت المال لم يجب على المدعى عليهم شيء لأن الذى يوجب عليهم اليمين وقد امتنع مستحقوها من استيفائها فلم يجب لهم غيرها كدعوى المال .

(فصل)

وإن امتنع المدعى عليهم من اليمين لم يجلسوا حتى يحلفوا ، وعن أحمد رواية أخرى أنهم يجلسون حتى يحلفوا ، وهو قول أبي حنيفة .

ولنا أنها يمين مشروعة في حق المدعى عليه فلم يجلس عليها كسائر الأيمان ، إذا ثبت هذا فإنه لا يجب القصاص بالنكول لأنه حجة ضعيفة فلا يشاط بها الدم كالشاهد واليمين . قال القاضي ويديه الإمام من بيت المال ، نص عليه أحمد ، وروى عنه حرب بن اسماعيل أن الدية تجب عليهم ، وهذا هو الصحيح ، وهو اختصار أبي بكر لأنه حكم ثبت بالنكول فيثبت في حقهم ههنا كسائر الدعاوى ، ولأن وجوبها في بيت المال بفضي إلى إهدار الدم وإسقاط حق المدعين مع إمكان جبره فلم يجز كسائر الدعاوى ولأنها يمين توجهت في دعوى أمكن إيجاب المال بها فلم تخل من وجوب شيء على المدعى عليه كما في سائر الدعاوى ؛ وههنا لو لم يجب على المدعى عليه مال بنكوله ولم يجبر على اليمين لخلل من وجوب شيء عليه بالكلية ، وقال أصحاب الشافعي : إذا نكل المدعى عليهم ردت الأيمان على المدعين أن قلنا موجبها المال ، فإن حلفوا استحقوا وإن نكلوا فلا شيء لهم ، وإن قلنا موجبها القصاص فهل ترد على المدعين ؟ فيه قولان ، وهذا القول لا يصلح لأن اليمين إنما شرعت في حق المدعى عليه إذا نكل عنها المدعى فلا ترد عليه كما لا ترد على المدعى عليه إذا نكل المدعى عنها بعد ردها عليه في سائر الدعاوى ولأنها يمين مردودة على أحد المتداعيين فلا ترد على من ردها كدعوى المال .

« مسأله » قال (وإذا شهدت البينة العادله أن المجرم روح قال دمي عند فلان فليس ذلك بموجب للقصاص ما لم يكن لوث)

هذا قول أكثر أهل العلم ، منهم الثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي ، وقال مالك والليث : هو لوث لأن قتيل بنى إسرائيل قال قتلني فلان فكان حجة ، وروى هذا القول عن عبد الملك بن مروان .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم » ، ولأنه يدعى حقاً لنفسه فلم يقبل قوله كما لو لم يمت ولأنه خصم

فلم تكن دعواه لو ثا كالولى ، فاما قتيل بنى إسرائيل فلا حجة فيه فإنه لا قسامة فيه ولأن ذلك كان من آيات الله ومعجزات نبيه موسى عليه السلام حيث أحياء الله تعالى بعد موته وأنطقه بقدرته بما اختلفوا فيه ، ولم يكن الله لينطقه بالكذب بخلاف الحى ولا سبيل إلى مثل هذا اليوم ثم ذاك فى تنزيه المتهمين فلا يجوز تعديتها إلى تهمة البريئين .

ومسأله ، قال (والنساء والصبيان لا يقسمون)

يعنى اذا كان المستحق نساء وصبياناً لم يقسموا : أما الصبيان فلا خلاف بين أهل العلم أنهم لا يقسمون ، سواء كانوا من الاولياء أو مدعى عليهم ، لأن الايمان حجة للحالف والعصبي لا يثبت بقوله حجة ، ولو أقر على نفسه لم يقبل فلأن لا يقبل قوله فى حق غيره أولى ، وأما النساء فإذا كن من أهل القتل لم يستحلفن ، وبهذا قال ربيعة والثورى والليث والابوزاعى

وقال مالك : لمن مدخل فى قسامة الخطأ دون العمد ؟ قال ابن القاسم : ولا يقسم فى العمد إلا اثنان فصاعداً كما أنه لا يقتل الا بشاهدين ، وقال الشافعى : يقسم كل وارث بالغ لانها يمين فى دعوى فتشريع فى حق النساء كسائر الايمان

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : يقسم خمسون رجلاً منكم وتستحقون دم صاحبكم ، ولانها حجة يثبت بها قتل العمد فلا تسمع من النساء كالشهادة ، ولأن الجناية المدعاة التى تجب القسامة عليها هى القتل ولا مدخل للنساء فى اثباته ، وإنما يثبت المال ضمناً ، فجرى ذلك مجرى رجل ادعى زوجية امرأة بعد موتها ليرثها ، فان ذلك لا يثبت بشاهد ويمين ، ولا بشهادة رجل وامرأتين وان كان مقصودها المال ، فاما ان كانت المرأة مدعى عليها القتل ، فان قلنا انه يقسم من العصابة رجال لم تقسم المرأة أيضاً ، لان ذلك مختص بالرجال : وان قلنا يقسم المدعى عليه فينبغى أن تستحلف لانها لا تثبت بقولها حقاً ولا قتلاً ، وإنما هى لتبرئتها منه فتشريع فى حقها اليمين كما لو لم يكن لوث . فعلى هذا اذا كان فى الاولياء نساء ورجال أقسم الرجال وسقط حكم النساء ، وان كان فيهم صبيان ورجال بالغون أو كان فيهم حاضرون وغائبون فقد ذكرنا من قبل أن القسامة لا تثبت حتى يحضر الغائب

فكذا لا تثبت حتى يبلغ الصبي ، لأن الحق لا يثبت إلا بينته الكاملة ، والبيئة
 أيمان الأولياء كلهم ، والأيمان لا تدخلها النيابة ، ولأن الحق ان كان قصاصا فلا
 يمكن تبعيضه . فلا فائدة في قسامة الحاضر البالغ ، وان كان غيره فلا تثبت الا
 بواسطة ثبوت القتل وهو لا يتبعض أيضا

وقال القاضي : ان كان القتل عمدا لم يقسم الكبير حتى يبلغ الصغير . ولا
 الحاضر حتى يقدم الغائب ، لأن حلف الكبير الحاضر لا يفيد شيئا في الحال . وان
 كان موجبا للدال كالحطأ وعمد الحطأ فللحاضر المكاف أن يحلف ويستحق قسطه
 من الدية ، وهذا قول أبي بكر وابن حامد ومذهب الشافعي ، واختلفوا في كم يقسم
 الحاضر ؟ فقال ابن حامد : يقسم بقسطه من الايمان فان كان الأولياء اثنين أقسم
 الحاضر خمسا وعشرين يمينا وان كانوا ثلاثة أقسم سبع عشرة يمينا ، وان كانوا
 أربعة أقسم ثلاثة عشر يمينا وكلما قدم غائب أقسم بقدر ما عليه واستوفى حقه .
 لأنه لو كان الجميع حاضرين لم يلزمه أكثر من قسطه ، وكذلك اذا غاب بعضهم كما
 في سائر الحقوق ، ولأنه لا يستحق أكثر من قسطه من الدية فلا يلزمه أكثر من
 قسطه من الايمان

وقال أبو بكر . يحلف الاول خمسين يمينا ، وهذا قول الشافعي ، ولأن الحكم
 لا يثبت الا بالبيئة الكاملة ، والبيئة هي الايمان كذا ، ولذلك لو ادعى أحدها
 دينا لا يمينها لم يستحق نصيبه منه الا بالبيئة المثبتة لجميعه ، ولأن الخمسين في القسامة
 كاليمين الواحدة في سائر الحقوق ، ولو ادعى مالا له فيه شركة له به شاهد لحلف
 يمينا كاملة كذلك هذا فاذا قدم الثاني أقسم خمسا وعشرين يمينا وجها واحدا عند
 أبي بكر ، لأنه يبنى على ايمان أخيه المتقدمة

وقال الشافعي : فيه قول آخر أنه يقسم خمسين يمينا أيضا لان أخاه انما استحق
 بخمسين فكذلك هو ، فاذا قدم ثالث وبلغ فعلى قول أبي بكر يقسم سبع عشرة
 يمينا لأنه يبنى على ايمان أخويه ، وعلى قول الشافعي فيه قولان

أحدهما : أنه يقسم سبع عشرة يمينا . والثاني : خمسين يمينا ، وان قدم رابع
 كان على هذا المثال والله أعلم

(فصل) والختم للمشكل يحتمل أن يقسم لان سبب القسامة وجد في حقه

وهو كونه مستحقاً للدم ولم يتحقق المانع من يمينه ، ويحتمل أن لا قسامه عليه لانه لا يعتل من العقل ولا يثبت القتل بشهادته أشبه المرأة .

« مسألة ، قال (وإذا خلف المقتول ثلاثة بنين جبر الكسر عليهم خلفاً — كل واحد منهم سبع عشرة يمينا) »

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن يجب عليه أيمان القسامة فروى أنه يخلف من العصبه الوارث منهم وغير الوارث خمسون رجلاً كل واحد منهم يمينا واحدة وهذا قول لمالك فعلى هذا يخلف الوارث منهم الذين يستحقون دمه فإن لم يبلغوا خمسين تمموا من سائر العصبه يؤخذ الاقرب منهم فالاقرب من قبيلته التي ينتسب اليها ويعرف كيفية نسبه من المقتول .

فأما من عرف أنه من القبيلة ولم يعرف وجه النسب لم يقسم ، مثل أن يكون الرجل قرشياً والمقتول قرشياً ولا يعرف كيفية نسبه منه فلا يقسم : لاتنا نعلم ان الناس كلهم من آدم ونوح وكلهم يرجعون الى أب واحد ولو قتل من لا يعرف نسبه لم يقسم عنه سائر الناس ، فإن لم يوجد من نسبه خمسون رددت الايمان عليهم وقسمت بينهم ، فإن اكسرت عليهم جبر كسرها عليهم حتى تبلغ خمسين افول النبي صلى الله عليه وسلم للأَنْصار : يخلف خمسون رجلاً منكم وتستحقون دم صاحبكم ، وقد علم النبي صلى الله عليه وسلم أنه لم يكن لعبد الله بن سهل خمسون رجلاً وارثاً فإنه لا يرثه الا أخوه أو من هو في درجته أو أقرب منه نسباً ولانه خاطب بهذا بن عمه وهم غير وارثين .

والرواية الثانية : لا يقسم إلا الوراث وتعرض الأيمان على ورثة المقتول دون غيرهم على حسب موارثهم ، هذا ظاهر قول الحرقى ، واختيار ابن حامد ، وقول الشافعى لأنها يمين في دعوى حق ولا تشرع في حق غير المتداعين كسائر الأيمان ، فعلى هذه الرواية تقسم بين الورثة من الرجال من ذوى الفروض والعصبات على قدر ارثهم ، فإن انقسمت من غير كسر مثل ان يخلف المقتول اثنين أو أخاً وزوجاً خلف كل واحد منهم خمسا وعشرين يمينا .

وان كانوا ثلاثة بنين وجداً أو أخوين جبر الكسر عليهم خلف كل واحد

منهم سبع عشرة يمينا ، لان تكميل الخمسين واجب ، ولا يمكن تبعض اليمين ولا حمل بعضهم لها عن بعض ، فوجب تكميل اليمين المنكسرة في حق كل واحد منهم وان خلف أخا من أب وأخا من أم فعلى الأخ من الأم سدس الأيمان ثم يجبر الكسر فيكون عليه تسع أيمان وعلى الأخ من الأب اثنتان وأربعون وهذا أحد قولى الشافعى .

وقال فى الآخر . يحلف كل واحد من المدعين خمسين يمينا سواء تساوا فى الميراث أو اختلفوا فيه ، لان ما حلفه الواحد اذا انفرد حلفه كل واحد من الجماعة كاليمين الواحدة فى سائر الدعاوى ، وعن مالك انه قال ينظر الى من عليه أكثر اليمين فيجبر عليه ويسقط عن الآخر .

ولنا على أن الخمسين تقسم بينهم قول النبي صلى الله عليه وسلم للأنصار ، تحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم .

وأكثر ما روى عنه فى الأيمان خمسون ولو حلف كل واحد خمسين لكانت مائة ومائتين وهذا خلاف النص ولانها حجة للمدعين فلم تزد على ما يشرح فى حق الواحد كالبينة ويفارق اليمين على المدعى عليه فإنها ليست حجة للمدعى ولانها لم يمكن قسمتها فكملت فى حق واحد كاليمين المنكسرة فى القسامة فاجب تجبر وتكمل فى حق كل واحد لكونها لا تبعض ومالا يتبعض يكمل كالطلاق والعناق وما ذكره مالك لا يصح لانه اسقاط لليمين عن عليه بعضها فلم يجز قالوا تساوى الكسر ان بان يكون على كل واحد من الاثنين نصفها او على كل واحد من الثلاثة ثلثها وبالقيااس على من عليه أكثرها ولان اليمين فى سائر الدعاوى تكمل فى حق كل واحد ويستوى من له فى المدعى كثير وقليل كذا ههنا ولائذ ينقض الى ان يتحمل اليمين غير من وجبت عليه عن وجبت عليه فلم يجز ذلك كاليمين الكاملة وكالجزء الاكثر (فصل : فإن كان فيهم من لا قسامة عليه بحال وهو النساء سقط حكمه ، فاذا كان ابن وبنت حلف الابن الخمسين كلها ، وان كان اخ واخت لأم واخ واخت لاب قسمت الأيمان بين الأخوين على احد عشر على الأخ من الأم ثلاثة وعلى الآخر ثمانية ثم يجبر الكسر عليهما فيحلف الأخ من الأب سبعا وثلاثين يمينا والاخ من الأم أربع عشرة يمينا .

(فصل : فإن مات المستحق انتقل الى وارثه ما عليه من الأيمان وكانت الأيمان بينهم على حسب موارثهم ويجبر الكسر فيها عليهم كما يجبر في حق ورثة القتل ، وإن مات بعضهم قسم نصيبه من الأيمان بين ورثته ، فلو كان للقتل ثلاثة بنين كان على كل واحد سبع عشرة يمينا ، فإن مات بعضهم قبل أن يقسم وخلف ثلاثة بنين قسمت أيمانه بينهم فكان على كل واحد منهم ستة أيمان . وإن خلف ابنين حلف كل واحد تسعة أيمان .

وإنما قلنا هذا لأن الوارث يقوم مقام الموروث في إثبات حججه ، كما يقوم مقامه في استحقاق ماله وهذا من حججه ، ولذلك يملك إقامة البينة والحلف في الإنكار ومع الشاهد الواحد في دعوى المال .

وإن كان موته بعد شروعه في الأيمان فحلف بعضهم فإن ورثته يستأنفون الأيمان ولا يبنون على أيمانه ، لأن الخمسين جرت مجرى اثنين الواحدة ، ولأنه لا يجوز أن يستحق أحد يمينين غيره ، ولا يبطل هذا بما إذا حلف جميع الأيمان ثم مات لأنه يستحق المال إرثا عنه لا بيمينه : ولأنه إذا حلف الوارثان كل واحد خمسا وعشرين يمينا فإن الدية تستحق بيمينهما . لأنهما يشتركان في الأيمان ، ويستحق كل واحد بقدر أيمانه ، ولا يستحق بيمين غيره ، وإن كان اجتماع العدد شرطا في استحقاقها .

فصل في

ولو حلف بعض الأيمان ثم جن ثم أفاق فإنه يتم ولا يلزمه الاستئناف لأن أيمانه وقعت موقعا ، وبغارق الموت لأن الموت يتعذر معه إتمام الأيمان منه ، وغيره لا يبن على يمينه ، وههنا يمكنه أن يتمها إذا أفاق ، ولا تبطل بالتفريق بدليل أن الحاكم إذا حلفه بعض الأيمان ثم تشاغل عنه لم تبطل ويتمها وما لا يبطله التفريق لا يبطله تخلل الجنون له كالسعي بين الصماء والمروءة ، وإن حلف بعض الأيمان ثم عزل الحاكم وول غيره أتمها عند الثاني ولم يلزمه استئنافها لأن الأيمان وقعت موقعا ، وكذلك لو حلف بعضها ثم سأل الحاكم بإظهاره فأنظره بنى على ماضى ولم يلزمه الاستئناف لما ذكرنا .

(فصل : إذا ردت الأيمان على المدعى عليهم وكان عمدا لم تجز على أكثر

من واحد فيحلف خمسين يمينا ، وان كانت عن غير عمد كالخطأ وشبه العمد فظاهر كلام الحرقى أنه لا قسامة في هذا لان القسامة من شرطها اللوث ، والعداوة إنما أثرها في تعدد القتل لا في خطئه فإن احتمال الخطأ في العمد وغيره سواء .
وقال غيره من أصحابنا فيه قسامة ، وهو قول الشافعى لان اللوث لا يختص العداوة عندهم فعلى هذا تجوز الدعوى على جماعه فإذا ادعى على جماعة لزم كل واحد منهم خمسون يمينا .

وقال بعض أصحابنا : تقسم الايمان بينهم بالحصص كقسمها بين المدعين الا أنها هنا تقسم بالسوية لان المدعى عليهم متساوون فيها فهم كبنى الميت وللشافعى قولان كالوجهين والحجة لهذا القول : قول النبي صلى الله عليه وسلم : تبرئكم يهود بخمسين يمينا .

وفى لفظ قال : فيحلفون لكم خمسين يمينا ويبرءون من دمه ، ولانهم أحد المتداعين فى القسامة فتقسط الايمان على عددهم كالمدعين .

وقال مالك . يحلف من المدعى عليهم خمسون رجلا ان خمسين يمينا فإن لم يبلغوا خمسين رجلا رددت على من حلف منهم حتى تكمل خمسين يمينا فان لم يوجد أحد يحلف إلا الذى ادعى عليه حلف وحده خمسين يمينا لقول النبي صلى الله عليه وسلم : تبرئكم يهود بخمسين يمينا .

ولنا أن هذه أيمان يبرى بها كل واحد نفسه من القتل فكان على كل واحد حمسون كما لو ادعى على كل واحد وحده قتيل ولانه لا يبرى المدعى عليه حال الاشتراك الا ما يبرئه حال الاقتراد ولان كل واحد منهم يحلف على غير ما حلف عليه صاحبه بخلاف المدعين فان أيمانهم على شيء واحد فلا يلزم من تلفيقها تلفيق ما يختلف مدلوله أو مقصوده .

مسألة ، قال (وسواء كان المقتول مسلما أو كافرا حرا أو عبدا إذا كان المقتول يقتل به المدعى عليه إذا ثبت عليه القتل لان القسامه توجب الفود الا أن يحب الاولياء أخذ الدية)

أما إذا كان المقتول مسلما حرا فليس فيه اختلاف سواء كان المدعى عليه

مسلماً أو كافراً فإن الأصل في القسامة قصة عبد الله بن سهل حين قتل بخيبر قاتلهم اليهود بقتله فأمر النبي (ص) بالقسامة ، وأما إن كان المقتول كافراً أو عبداً وكان قاتله ممن يجب عليه القصاص بقتله وهو المماثل له في حاله ففيه القسامة ، وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال الزهري والثوري ومالك والاوزاعي لا قسامة في العبد فإنه مال فلم تجب القسامة فيه كقتل البهيمة .

ولنا أنه قتل موجب للقصاص فأوجب القسامة كقتل الحر وفارق البهيمة فإنها لا قصاص فيها ويقسم على العبد سيده لأنه المستحق لدمه وأم الولد والمدر والمكاتب والمطلق عتقه بصفة كالقن لأن الرق ثابت فيهم وإن كان القاتل ممن لا قصاص عليه كالمسلم يقتل كافراً والحر يقتل عبداً فلا قسامة فيه في ظاهر قول الحرق ، وهو قول مالك لأن القسامة إنما تكون فيما يوجب القود .

وقال القاضي فيهما القسامة ، وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي لأنه قتل آدمي يوجب الكفارة فشرعت القسامة فيه كقتل الحر المسلم ، ولأن ما كان حجة في قتل الحر المسلم كان حجة في قتل العبد الكافر كالبينة .

ولنا أنه قتل لا يوجب القصاص فأشبهه قتل البهيمة ولا يلزم من شرعها فيما يوجب القصاص شرعها مع عدمه بدليل أن العبد إذا اتهم بقتل سيده شرعت القسامة إذا كان القتل موجبا للقصاص . ذكره القاضي لأنه لا يجوز قتله قبل ذلك ولو لم يكن موجبا للقصاص لم تشرع القسامة .

(فصل)

وإن قتل عبد المكاتب فالمكاتب أن يقسم على الجاني لأنه مالك للعبد يملك التصرف فيه وفي بدله وليس لسيده انتزاعه منه وله شراؤه منه ولو اشتري المأذون له في التجارة عبداً فقتل فالقسامة لسيده دونه لأن ما يبتاعه المأذون يملكه سيده دونه ولهذا يملك انتزاعه منه ، وإن عجز المكاتب قبل أن يقسم فليسيده أن يقسم لأنه عمار المستحق لبذل المقتول بمنزلة ورثة الحر إذا مات قبل أن يقسم ولو ملك السيد عبده أو أم ولده عبداً فقتل فالقسامة للسيد سواء .

قلنا . يملك العبد بالتملك أو لا يملك لأنه إن لم يملك فالمالك لسيده وإن ملك

فهو ملك غير ثابت ، ولهذا يملك سيده انتزاعه منه ، ولا يجوز له التصرف بغير إذن سيده بخلاف المكاتب ؛ وإن أوصى لأم ولده يبدل العبد صحت الوصية ، وإن كان لم يجب بعد كما تصح الوصية بشمرة لم تخلق ، والقسامة للورثة لأنهم القائلون مقام الموصى في إثبات حقوقه ، فإذا حلفوا ثبت لها البذل بالوصية ، وإن لم يحلفوا لم يكن لها أن تحلف كما إذا امتنع الورثة من اليمين مع الشاهد لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه .

(فصل) والمحجور عليه لسفه أو فلس كغير المحجور عليه في دعوى القتل والدعوى عليه إلا أنه إذا أقر بما لا يلزمه الدية بالنكول عن اليمين لم يلزمه في حال حجره ، لأن إقراره بالمال في الحال غير مقبول بالنسبة إلى أخذ شيء من ماله في الحال على ما عرف في موضعه

فصل

ولو جرح مسلم فارتد ومات على الردة فلا قسامة فيه ، لأن نفسه غير مضمونة وإنما يضمن الجرح ، ولا قسامة فيها دون النفس ، ولأن ماله يصير فينا والفيء ليس له مستحق معين فتثبت القسامة له ، وإن مات مسلماً فارتد وارثه قبل القسامة فقال أبو بكر : ليس له أن يقسم وإن أقسم لم يصح لأن ملكه يزول عن ماله وحقوقه فلا يبقى مستحقاً للقسامة ، وهذا قول المزني ، ولأن المرتد قد أقدم على الشرك الذي لا ذنب أعظم منه فلا يستحق بيمينه دم مسلم ولا يثبت بها قتل . وقال القاضي الأول أن تعرض عليه القسامة فإن أقسم وجبت الدية ، وهذا قول الشافعي ، لأن استحقاق المال بالقسامة حق عليه فلا يبطل بردته كاستساب المال بوجوه الاستساب ، وكفره لا يمنع بيمينه ، فإن الكافر تصح بيمينه وتعرض عليه في الدعاوى ، فإن حلف ثبت القصاص أو الدية ، فإن عاد إلى الإسلام كان له ، وإن مات كان فينا ، والصحيح أن شاء ما قال أبو بكر ، لأن مال المرتد إما أن يكون ملكه قد زال عنه وإما موقوف ، وحقوق المال حكمها حكمه

فإن قلنا بزوال ملكه فلا حق له ، وإن قلنا هو موقوف فهو قبل انكشاف حاله مشكوك فيه فلا يثبت الحكم بشيء مشكوك فيه فكيف ، وقتل المسلم أمر كبير لا يثبت مع الشبهات ولا يستوفى مع الشك ، وأما أن ارتد قبل موت موروثه

لم يكن وارثا ولا حق له وتكون القسامة لغيره من الوراث ، وان لم يكن للبيت وارث سواه فلا قسامة فيه لما ذكرنا ، وان عاد الى الاسلام قبل قسامة غيره فقياس المذهب أنه يدخل في القسامة لانه متى رجع قبل قسم الميراث قسم له .
وقال القاضي . لا تعود القسامة اليه لانها استحققت على غيره ، وان ارتد رجل فقتل عبده أو قتل ثم ارتد فهل له أن يقسم ؟ على وجهين بناء على الاختلاف المتقدم ، فإن عاد الى الاسلام عادت القسامة ، لانه يستحق بدل العبد .

فصل

ولا قسامة فيما دون النفس من الاطراف والجوارح ، ولا أعلم بين أهل العلم في هذا خلافا ، وعن قال لا قسامة في ذلك مالك وأبو حنيفة والشافعي ، وذلك لان القسامة ثبتت في النفس لحرمتها فاخصت بها دون الاطراف كالكمارة ، ولانها تثبت حيث كان المجنى عليه لا يمكنه التعبير عن نفسه وتعيين قاتله ، ومن قطع طرفه يمكنه ذلك ، وحكم الدعوى فيه حكم الدعوى في سائر الحقوق والبيئة على المدعى واليمين على من أنكر يميننا واحدة ، ولانها دعوى لا قسامة فيها فلا تغلظ بالعدد كالدعوى في المال .

ومسأله ، قال (وليس للأولياء أن يقسموا على أكثر من واحد)

لا يختلف المذهب أنه لا يستحق بالقسامة أكثر من قتل واحد ، وبهذا قال الزهري ومالك وبعض أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم يستحق بها قتل الجماعة لانها بيئة مرجية للقود فاستوى فيها الواحد والجماعة كالبيئة ، وهذا نحو قول أبي ثور ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع اليكم برمته ، فخص بها الواحد ، ولانها بيئة ضعفة خواف بها الاصل في قتل الواحد فيقتصر عليه ويبقى على الاصل فيما عداه . وبيان مخالفة الاصل بها أنها تثبت باللوث واللوث شبهة مغلبة على الظن صدق المدعى ، والقود يسقط بالشبهات فكيف يثبت بها ؟ ولان الايمان في سائر الدعاوى تثبت ابتداء في جانب المدعى عليه وهذا بخلافه ، وبيان ضعفها أنها تثبت بقول المدعى ويمينه مع التهمة في حقه والشك في صدقه وقيام العداوة المانعة من صحة الشهادة عليه في اثبات حق لغيره فلان

يمنع من قبول قوله وحده في اثبات حقه لنفسه أولى وأحرى ، وفارق البينة فإنها قويت بالعدد . وعدالة الشهود ، وانتفاء التهمة في حقهم من الجهتين في كونهم لا يثبتون لأنفسهم حقاً ولا نقماً ولا يدفعون عنها ضرراً ولا عداوة بينهم وبين المشهود عليه ولهذا يثبت بها سائر الحقوق والحدود التي تقتضي بالشبهات

إذا ثبت هذا فلا قسامة فيما لا قود فيه في قول الخرق فيطرد قوله في أن القسامة لا تشرع الا في حق واحد ، وعند غيره أن القسامة تجرى فيما لا قود فيه فيجوز أن يقسموا في هذا على جماعة ، وهذا قول مالك والشافعي

فعلى هذا إن ادعى على اثنين على أحدهما لو حلف على من عليه اللوث خمسين يمينا واستحق نصف الدية عليه وحلف الآخر يمينا واحدة وبرى ، وإن نكل عن اليمين فعليه نصف الدية ، وإن ادعى على ثلاثة عليهم لو حلف ولم يحضر الا واحد منهم ، حلف على الحاضر منهم خمسين يمينا واستحق ثلث الدية . فإذا حضر الثاني فقيه وجهان أحدهما : يحلف عليه خمسين يمينا أيضاً ويستحق ثلث الدية لأن الحق لا يثبت على أحد الرجلين الا بما يثبت على الآخر كاليمين فانه يحتاج الى اقامة البينة الكاملة على الثاني كإقامتها على الاول

والثاني : يحلف عليه خمسا وعشرين يمينا لانها لو حضرا معا لحلف عليهما خمسين يمينا حصة هذا منها خمس وعشرون ، وهذا الوجه ضعيف . فان اليمين لا تقسم عليهم اذا حضروا ، ولو حلف على كل واحد منفرد حصته من الايمان لم يصح ولم يثبت له حق وانما الايمان عليهم جميعا وتناولهم تناولاً واحداً ، ولانها لو قسمت عليهم بالحصص لوجب أن لا يقسم على الاول أكثر من سبع عشرة يمينا ، وكذلك على الثاني ، لأن هذا القدر هو حصة من الايمان فعلي كلا التقديرين لا وجه لحلفه خمسا وعشرين يمينا ، وإن قيل . انما حلف بقدر حصته ، وحصة الثالث فينبغي أن يحلف اربعا وثلاثين ، وإذا قدم الثالث فقيه الوجهان

أصحهما : يحلف عليه خمسين يمينا ويستحق ثلث الدية : والآخر : يحلف سبع عشرة يمينا ، وإن حضروا جميعا حلف عليهم خمسين يمينا واستحق الدية عليهم . أثلاثاً وهذا التفريق يدل على اشتراط حضور المدعى عليه وقت الايمان

وذلك لأنها أقيمت بمقام البيعة فاشتراط حضور من أقيمت عليه كالبيعة ، وكذلك ان ردت الايمان على المدعى عليهم اشترط حضور المدعين وقت حلف المدعى عليهم لان الايمان له عليهم فيعتبر رضاه بها وحضوره الا أن يوكل وكيلًا فيقوم حضوره مقام موكله

(فصل) وان قال المدعى قتله هذا ورجل وآخر لا أعرفه وكان على المعين لوث أقسم عليه خمسين يمينا واستحق نصف الدية ، فإن تعين له الآخر حلف عليه واستحق نصف الدية ، وان قال قتله هذا ونقر لا أعلم عددهم لم تجب القسامة لانه لا يعلم كم حصته من الدية

(فصل) ولا تسمع الدعوى الا محررة بأن يقول : أدعى أن هذا قتل ولى فلان ابن فلان عمداً أو خطأ أو شبه العمد ويصف القتل ، فإن كان عمداً قال قصد إليه بسيف أو بما يقتل مثله غالباً ، فان كانت الدعوى على واحد فاقرب ثبت القتل وان أنكر واثم بينة حكم بها وإلا صار الأمر الى الايمان ، وان كانت الدعوى على أكثر من واحد لم يخل من أربعة أحوال

أحدها : أن يقول : قتله هذا ، وهذا تعمد قتله ويصف العمد بصفته فيقال له : عين واحداً فان القسامة الموجبة للقود لا تكون على أكثر من واحد

الحال الثاني : أن يقول : تعمد هذا وهذا كان خاطئاً فهو يدعى قتلاً غير موجب للقود فيقسم عليها ويأخذ نصف الدية من مال العامد ونصفها من عاقلة المخطيء

الحال الثالث : أن يقول : عمد هذا ولا أدري أكان قتل الثاني عمداً أو خطأ ؟ فقول : لا تسوع القسامة ههنا لأنه يحتمل أن يكون الآخر مخطئاً فيكون موجباً الدية عليهما ، ويحتمل أن يكون عامداً فلا تسوع القسامة عليهما ويجب تعيين واحد والقسامة عليه فيكون موجباً القود فلم تجز القسامة مع هذا

فان عاد فقال : علمت أن الآخر كان عامداً فله أن يعين واحداً ويقسم عليه ، وان قال كان مخطئاً ثبتت القسامة حينئذ ويسأل فان أنكر ثبتت القسامة وان أقر ثبت عليه القتل ويكون عليه نصف الدية في ماله لانه ثبت باقراره لا بالقسامة

وقال القاضي : يكون على عاقلته والاول أصح لان العاقلة لا تحمل اعترافاً
الحال الرابع : أن يقول قتلاه خطأ أو شبه عمد أو أحدهما خاطيء والآخر شبه

العمد فله أن يقسم عليهما ، فإن ادعى أنه قتل وليه عمداً فستل عن تفسير العمد ففسره بعمد الخطأ قبل تفسيره وأقسم على ما فسر به لأنه أخطأ في وصف القتل بالعمدية ، ونقل المزن عن الشافعي : لا يحلف عليه لأنه بدعوى العمد برأ العاقلة فلا تسمع دعواه بعد ذلك ما يوجب عليهم المال .

ولنا أن دعواه قد تحررت وإنما غلط في تسمية شبه العمد عمداً ، وهذا مما يشتهر فلا يؤاخذ به ، ولو أحلفه الحاكم قبل تحرير الدعوى وتبين نوع القتل لم يعتد باليمين لأن الدعوى لا تسمع غير محررة فكانه حلفه قبل الدعوى ، ولأنه إذا يحلفه ليجب له ما يستحقه ، فإذا لم يعلم ما يستحقه بدعواه لم يحصل المقصود باليمين فلم يصح .

(فصل) قال القاضي : يجوز للأولياء أن يقسموا على القاتل إذا غلب على ظنهم أنه قتله ، وإن كانوا غائبين عن مكان القتل لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال للأَنْصار : تحلفون وتستحقون دم صاحبكم ، وكانوا بالمدينة والقتل بخيبر ، ولأن الإنسان يحلف على غالب ظنه ، كما أن من اشترى من إنسان شيئاً فجاء آخر يدعيه جاز أن يحلف أنه لا يستحقه لأن الظاهر أنه ملك الذي باعه ، وكذلك إذا وجد شيئاً بخطه أو خط أبيه ودفعه جاز له أن يحلف ، وكذلك إذا باع شيئاً لم يعلم فيه عيباً فادعى عليه المشتري أنه معيب وأراد رده كان له أن يحلف أنه باعه بريئاً من العيب ، ولا ينبغي أن يحلف المدعى إلا بعد الاستبaths وغلبة ظن يقارب اليقين : وينبغي للحاكم أن يقول لهم اتقوا الله واستثبتوا ويعظهم ويحذرهم ويقرأ عليهم (إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً) ويعرفهم ما في اليمين الكاذبة وظلم البريء وقتل النفس بغير الحق ، ويعرفهم أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وهذا كله مذهب الشافعي .

(فصل) ويستحب أن يستظهر في الفاظ اليمين في القسامة تأكيداً فيقول : والله الذي لا إله إلا هو عالم خائنة الأعين وما تخفي الصدور : فإن اقتصر على لفظة والله كفى ويقول والله أو بالله أو بالله بالجر كما تقتضيه العربية ، فإن قاله مضموماً أو منصوباً فقد لحن .

قال القاضي : ويجزئه تعمده أو لم يتعمده لأنه لحن لا يحيل المعنى وهو قول الشافعي . وما زاد على هذا تأكيد . ويقول لقد قتل فلان بن فلان الفلاني — ويشير إليه — فلانا ابنى أو أخى منفرداً بقتله ما شركه غيره ، وإن كانا اثنين قال منفردين ما شركهما غيرهما ، ثم يقول عمداً أو خطأ ، وبأى اسم من أسماء الله أو صفه من صفات ذاته حلف — أجزأ إذا كان إطلاقه ينصرف إلى الله تعالى ، ويقول المدعى عليه في اليمين : الله ما قتله ولا شاركت في قتله ولا أحدثت شيئاً مات منه ولا كان سبباً في موته ولا معيناً على موته .

مسألة ، قال (ومن قتل نفساً محرمة أو شارك فيها أو ضرب بطن امرأة فالقت جنيناً ميتاً وكان الفعل خطأ فعلى القاتل عتق رقبة مؤمنة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبه من الله . وعن ابن عبد الله رحمه الله رواية أخرى أن على قاتل العمد تحرير رقبة مؤمنة)

الأصل في كفارة القتل قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) الآية . وأجمع أهل العلم على أن على القاتل خطأ كفارة سواء كان المقتول ذكراً أو أنثى وتجب في قتل الصغير والكبير سواء باشره بالقتل أو تسبب إلى قتله بسبب يضمن به النفس كحفر البئر ونصب السكين وشهادة الزور ، وبهذا قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة : لا تجب بالتسبب لأنه ليس بقتل ولأنه ضمن بدله بغير مباشرة للقتل فلم تلزمه الكفارة كالعاقلة .

ولنا : أنه كالمباشرة في الضمان فكان كالمباشرة في الكفارة ، ولأنه سبب لإتلاف الأذى يتعلق به ضمانه فتعلقت به الكفارة كما لو كان راكباً فأوطأ دابته إنساناً ، وقياسهم ينتقض بالآب إذا أكره إنساناً على قتل ابنه ، فإن الكفارة تجب عليه من غير مباشرة : وفارق العاقلة فإنها تتحمل عن غيرها ، ولم يصدر منها قتل ولا تسبب إليه . وقولهم : ليس بقتل ممنوع ، قال القاضي : ويلزم الشهود الكفارة سواء قالوا أخطأنا أو تعمدنا : وهذا يدل على أن القتل بالسبب تجب به الكفارة بكل حال ولا يعتبر فيه الخطأ والعمد لأنه إن قصد به القتل ، فهو جار مجرى الخطأ في أنه لا يجب به القصاص .

(فصل) وتجب الكفارة بقتل العبد ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك لا تجب به لأنه مضمون بالقيمة أشبه البيعة ، ولنا عموم قوله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) لأنه يجب القصاص بقتله فتجب الكفارة به كالحر ولأنه مؤمن فأشبه الحر ويفارق الإهانة بذلك .

(فصل) وتجب بقتل الكافر المضمون سواء كان ذميا أو مستامنا ، وبهذا قال أكثر أهل العلم ، وقال الحسن ومالك لا كفارة فيه لقوله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) ففهمه أن لا كفارة في غير المؤمن . ولنا قوله تعالى (وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة) والذي له ميثاق ، وهذا منطوق يقدم على دليل الخطاب . ولأنه آدمي مقتول ظلما فوجب الكفارة بقتله كالمسلم .

(فصل) وإذا قتل الصبي والمجنون وجبت الكفارة في أموالهما ، وكذلك الكافر ، وبهذا قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة لا كفارة على واحد منهم لأنها عبادة محضة تجب بالشرع ، فلا تجب على الصبي والمجنون والكافر كالصلاة والصيام . ولنا أنه حق مالي يتعلق بالقتل فتعلقت بهم كالدية ، وتفارق الصوم والصلاة لأنهما عبادتان بدنيتان وهذه مالية أشبهت نفقات الأقارب ، وأما كفارة اليمين فلا تجب على الصبي والمجنون لأنها تتعلق بالقول ولا قول لها وهذه تتعلق بالفعل وفعلها منحقق قد أوجب الضمان عليهما ويتعلق بالفعل مالا يتعلق بالقول بدليل أن العتق يتعلق بأحبالهما دون إعتاقهما بقولهما ، وأما الكافر فتجب عليه ، وتكون عقوبة عليه كالحدود .

(فصل) ومن قتل في دار الحرب مسلما يعتقه كافرا أو رمى إلى صف الكفار فأصاب فيهم مسلما فقتله فعليه كفارة لقوله تعالى (وإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة) .

(فصل) ومفهوم كلام الحرقى : أن كل قتل مباح لا كفارة فيه كقتل الحربي والباغي والزاني المحصن والقتل قصاصا أو حدا لأنه قتل مأمور به ، والكفارة لا تجب لمحو المأمور به .

وأما الخطأ فلا يوصف بتحريم ولا إباحة لأنه كفعل المجنون والبهيمة لكن النفس الذاهبة به معصومة محرمة محترمة ، فلذلك وجبت الكفارة فيها ، وقال قوم الخطأ محرم ولا إثم فيه ، وقيل ليس بمحرم لأن المحرم ما أنتم فاعله وهذا لا إثم فيه وقوله تعالى (وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ هذا استثناء منقطع و « إلا » في موضع « لكن » التقدير لكن قد يقتله خطأ ، وقيل « إلا » بمعنى « ولا » أي ولا خطأ وهذا يبعد لأن الخطأ لا يتوجه إليه النهي لعدم إمكان التحريم منه ، وكونه لا يدخل تحت الوسع ، ولأنها لو كانت بمعنى « ولا » كانت عاطفة للخطأ على ما قبله وليس قبله ما يصلح عطفه عليه .

وأما قتل نساء أهل الحرب وصبيانهم فلا كفارة فيه ، لأنه ليس لهم إيمان ولا أمان وإنما منع من قتلهم لانتفاع المسلمين بهم لكونهم يصيرون بالسبي رقيقاً ينتفع بهم ، وكذلك قتل من لم تبلغه الدعوة لا كفارة فيه لذلك ولذلك لم يضمنوا بشيء فأشبهوا من قتله مباح .

(فصل) ومن قتل نفسه خطأ وجبت الكفارة في ماله ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا تجب لأن ضمان نفسه لا يجب فلم تجب الكفارة كقتل نساء أهل الحرب وصبيانهم .

ولنا : عموم قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) ولأنه آدمي مؤمن مقتول خطأ فوجبت الكفارة على قاتله كما لو قتله غيره والأول أقرب إلى الصواب إن شاء الله فإن عامر بن الأكوع قتل نفسه خطأ ولم يأمر النبي صلى الله عليه وسلم فيه بكفارة ، وقوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ : إنما أريد بها إذا قتل غيره بدليل قوله (ودية مسلمة إلى أهله) وقاتل نفسه لا تجب فيه دية بدليل قتل عامر بن الأكوع .

(فصل) ومن شارك في قتل يوجب الكفارة لزمته كفارة ويلزم كل واحد من شركائه كفارة ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم الحسن وعكرمة والنخعي والحارث العكلي والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي .

وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى : أن على الجميع كفارة واحدة ،

وهو قول أبي ثور، وحكى عن الاوزاعي وحكاه أبو علي الطبري عن الشافعي وأنكره سائر أصحابه، واحتج لمن أوجب كفارة واحدة بقوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) و«من»، يتناول الواحد والجماعة، ولم يوجب إلا كفارة واحدة ودية، والدية لا تتعدد فكذلك الكفارة ولأنها كفارة قتل فلم تتعدد بتعدد القاتلين مع اتحاد المقتول ككفارة الصيد الحرمي.

ولنا أنها لا تتبعض وهي من موجب قتل الادمي فكملت في حق كل واحد من المشتركين كالقصاص، وتخالف كفارة الصيد فإنها تجب بدلا، ولهذا تجب في أبعاضه وكذلك الدية.

(فصل) إذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا فعليه الكفارة؛ وبه قال الحسن وعطاء والزهرى والنخعي والحكم وحامد ومالك والشافعي وإسحاق، وقال أبو حنيفة: لا تجب، وقد مضت هذه المسألة في دية الجنين.

(فصل) والمشهور في المذهب: أنه لا كفارة في قتل العمد، وبه قال الثوري ومالك وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي.

وعن أحمد رواية أخرى: تجب فيه الكفارة، وحكى ذلك عن الزهرى، وهو قول الشافعي لما روى واثلة بن الأسقع قال: «أتينا النبي صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد أوجب بالقتل، فقال: «أعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضواً منه من النار، ولأنها إذا وجبت في قتل الخطأ ففي العمد أولى، لأنه أعظم أثماً وأكبر جرماً وحاجته إلى تكفير ذنبه أعظم».

ولنا مفهوم قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) ثم ذكر قتل العمد ولم يوجب فيه كفارة وجعل جزاءه جهنم، فمفهومه أنه لا كفارة فيه، وروى أن سويد بن الصامت قتل رجلاً فأوجب النبي صلى الله عليه وسلم عليه القود ولم يوجب كفارة، وعمرو بن أمية الضمري قتل رجلين في عهد النبي (ص) فوداهما النبي صلى الله عليه وسلم ولم يوجب كفارة، ولأنه فعل يوجب القتل، فلا يوجب كفارة كزنا المحصن.

وحديث واثلة: «يحتمل أنه كان خطأ وسماه موجبا أي فوت النفس بالقتل، ويحتمل أنه كان شبه عمد، ويحتمل أنه أمرهم بالإعتاق تبرعاً ولذلك أمر غير

القاتل بالإعتاق ، وما ذكروه من المعنى لا يصح لأنها وجبت في الخطأ فتمحوها
لأنه لكونه لا يخلو من تفريط فلا يلزم من ذلك إيجابها في موضع عظم الإثم
فيه بحيث لا يرتفع بها .

إذا ثبت هذا فلا فرق بين العمد الموجب للقصاص وما لا قصاص فيه كقتل
الوالد ولده والسيد عبده . والحر العبد والمسلم الكافر لأن هذا من أنواع العمد .
(فصل :) وتجب الكفارة في شبه العمد . ولم أعلم لأصحابنا فيه قولاً لكن
مقتضى الدليل ما ذكرناه . ولأنه أجرى مجرى الخطأ في نفي القصاص وحمل العقاب
ديته وتأجيلها في ثلاث سنين ، فجرى مجراه في وجوب الكفارة . ولأن القاتل
إنما لم يحمل شيئاً من الدية لتحمله الكفارة . فلو لم تجب عليه الكفارة تحمل من
الدية لئلا يخلو القاتل عن وجوب شيء أصلاً ولم يرد الشرع بهذا .

(فصل :) وكفارة القتل عتق رقبة مؤمنة بنص الكتاب سواء كان القاتل
أو المقتول مسلماً أو كافراً . فإن لم يجدها في ملكه فاضلة عن حاجته أو يجد ثمنها
فاضلاً عن كفايته فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وهذا ثابت بالنص أيضاً
فإن لم يستطع ففيه روايتان :

إحداهما يثبت الصيام في ذمته ولا يجب شيء آخر . لأن الله تعالى لم يذكره
بلو وجب لذكره .

والثاني : يجب إطعام ستين مسكيناً لأنها كفارة فيها عتق وصيام شهرين متتابعين
فكان فيها إطعام ستين مسكيناً عند عدمها ككفارة الظهار والفطر في رمضان .
وان لم يكن مذكوراً في نص القرآن فقد ذكر ذلك في نظيره فيقاس عليه . فعلى
هذه الرواية : إن عجز عن الإطعام ثبت في ذمته حتى يقدر عليه وللشافعي قولان
في هذا كالروايتين والله أعلم

« مسألة ، قال (وما أوجب القصاص فلا يقبل فيه إلا عدلان)

وجملته : أن ما أوجب القصاص في نفس كالقتل العمد العدوان من المكافئ
أو في طرف كقطع من مفصل عمداً عن يكافئه فلا يقبل فيه إلا شهادة رجلين
عدلين ولا يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين ولا شاهد وبين الطالب لانعلم في هذا

بين أهل العلم خلافاً ، وذلك لأن القصاص إراقة دم عقوبة على جنابة فيحتاج له
باشترائط الشاهدين العدلين كالحدود ، وسواء كان القصاص يجب على مسلم أو كافر
أو حر أو عبد لأن العقوبة يحتاج لدرئها .

وقد روى عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى . أنه لا يقبل في الشهادة
على القتل إلا شهادة أربعة . وهذا مذهب الحسن ، لأنها شهادة يثبت بها القتل فلم
يقبل أقل من أربعة كالشهادة على الزنا من المحسن .

ولنا أنه أحد نوعي القصاص فيقبل فيه إثنان كقطع الطرف ، وفارق الزنا
فإنه مختص بهذا ، وليست العلة كونه قتلاً بدليل وجوب الأربعة في زنا البكر ولا
قتل فيه ؛ ولأنه انفرد بوجوب الحد على الرامي به والشهود إذا لم تكمل شهادتهم
فلم يحز أن يلحق به ما ليس مثله .

« مسألة ، قال (وما أوجب من الجنايات المال دون القود قبل فيه رجل
وامرأتان أو رجل عدل مع يمين الطالب)

وجملته أن ما كان موجه المال كقتل الخطأ وشبه العمد والعمد في حق من
لا يكافئه ؛ والجائفة والمأمومة وما دون الموضحة وشريك الخاطيء . وأشبه هذا فإنه
يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين ، وشهادة عدل ويمين الطالب ، وهذا مذهب
الشافعي . وقال أبو بكر : لا يثبت أيضاً إلا بشهادة عدلين ، ولا تسمع فيه شهادة
النساء ولا شاهد ويمين ، لأنها شهادة على قتل أو جنابة على آدمي فلم تسمع من
النساء كالقسم الأول .

يبين صحة هذا أنه لما لم يكن للنساء مدخل في القسامه في العمد ولم يكن لهن
مدخل في القسامه على الخطأ وشبه العمد الموجب للمال ، فيدل هذا على أنهن
لا مدخل لهن في الشهادة على دم بحال .

ولنا أنها شهادة على ما يقصد به المال على الخصوص فوجب أن تقبل كالشهادة
على البيع والاجارة ، وفارق قتل العمد فإنه موجب للعقوبة التي يحتاج بإسقاطها
فاحتيط في الشهادة على أسبابها ، وفي مسألتنا المقصود تقبل شهادتهن فيه فقبلت
شهادتهن على سببه .

(فصل)

ولو ادعى جناية عمد وقال عفوت عن القصاص فيها لم يقبل فيه شاهد وامرأتان لانه انما يعفو عن شيء ثبت له ، ولا يثبت ذلك القتل بتلك الشهادة ، وان ثبت القتل إما بشاهدين أو بإقرار المدعى عليه صح العفو لان الحق ثبت له بوجود القتل وإنما خفي ثبوته عن من لم يعلم ذلك فإذا علم ذلك علم أنه كان ثابتاً من حين وجد القتل فيكون العفو مصادفاً لحقه الثابت ، فينفذ كما لو أعتق عبداً ينازعه فيه منازع ثم ثبت أنه كان ملكه حين العتق .

(فصل) ولا يثبت القتل بالشهادة إلا مع زوال الشبهة في لفظ الشاهدين نحو أن يقولوا : نشهد أنه ضربه فقتله أو فمات منه ، فإن قالوا ضربه بالسيف فمات أو فوجدناه ميتاً أو فمات عقيب ، أو قالوا ضربه بالسيف فأسال دمه أو فأنهر دمه فمات مكانه لم يثبت القتل لجواز أن يكون مات عقيب الضرب بسبب آخر ، وقد روى عن شريح أنه شهد عنده رجل بالقتل فقال أشهد أنه اتكأ عليه برفقه فمات فقال له شريح فمات منه ، فأعاد الرجل قوله الاول ، فقال له شريح : قم فلا شهادة لك ، وان كانت الشهادة بالجرح فقالوا ضربه فأوضحه أو فاتضح منه أو فوجدناه موضحاً من الضربة قبلت شهادتهما .

وإن قالوا ضربه فاتضح رأسه أو وجدناه موضحاً أو فأسال دمه ووجدناه في رأسه موضحاً لم يثبت الايضاح لجواز أن يتضح عقيب ضربه بسبب آخر ، ولا بد من تعيين الموضحة في إيجاب القصاص لانه ان كان في رأسه موضحتان فيحتاجان الى بيان ما شهدا به منهما . وان كانت واحدة فيحتمل أن يكون قد أوسعها غير المشهود عليه فيجب أن يعينها الشاهدان فيقولان هذه .

وإن قالوا أوضحه في موضع كذا من رأسه موضحة قدر مساحتها كذا وكذا قبلت شهادتهما ، وإن قالوا لا نعلم قدرها أو موضعها لم يحكم بالقصاص لانه يتعذر مع الجهالة وتجب الدية لانها لا تختلف باختلافها ، وإن قالوا ضرب رأسه فأسال دمه كانت بازله ، وإن قالوا فسال دمه لم يثبت شيء لجواز أن يسيل دمه بسبب آخر وإن قالوا نشهد انه ضربه فقطع يده ولم يكن أقطع اليدين قبلت شهادتهما وثبت القصاص لعدم الاشتباه وإن كان أقطع اليدين ولم يعين المقطوعة لم يثبت القصاص

لأنهما لم يعينا اليد التي يجب القصاص منها ، وتجب دية اليدين لأنها لا تختلف باختلاف اليدين .

(فصل : إذا شهد أحدهما أنه أقر بقتله عمداً وشهد الآخر أنه أقر بقتله ولم يقل عمداً ولا خطأ ثبت القتل لأن البينة قد ثبتت عليه ولم تثبت صفته لعدم تمامها عليه ويسأل المشهود عليه عن صفته ، فإن أنكر أصل القتل لم يقبل إنكاره لقيام البينة به ، وإن أقر بقتل العمد ثبت بإقراره ، وإن أقر بقتل الخطأ وأنكر الولي فالقول قول القاتل وهل يستحلف على ذلك ؟ يخرج فيه وجهان ، وإن صدقه الولي على الخطأ ثبت عليه .

وإن أقر بقتل العمد وكذبه الولي وقال بل كان خطأ لم يجب القود لأن الولي لا يدعيه . وتجب دية الخطأ ولا تحمل العاقلة شيئاً من ديته في هذه المواضع كلها وتكون في ماله لأنها لم تثبت ببينة وفي بعضها القاتل مقر بأنها في ماله دون مال عاقلته .

وإن قال أحد الشاهدين أشهد أنه أقر بقتله عمداً ، وقال الآخر أشهد أنه أقر بقتله خطأ ثبت القتل أيضاً لأنه لا تنافي بين شهادتهما لأنه يجوز أن يقر عند أحدهما بقتل العمد ويقر عند الآخر بقتل الخطأ فثبت إقراره بالقتل دون صفته وبطالب بيان صفته على ما ذكرنا في التي قبلها ، وإن شهد أحدهما أنه قتله عمداً وشهد الآخر أنه قتله خطأ ثبت القتل أيضاً دون صفته وبطالب بيان صفته على ما ذكرنا لأن الفعل قد يعتقده أحدهما خطأ والآخر عمداً ويكون الحكم كما لو شهد على إقراره بذلك .

وإن شهد أحدهما أنه قتله غدوة وقال الآخر عشية وقال أحدهما قتله بسيف وقال الآخر بعصا لم تتم الشهادة . ذكره القاضي لأن كل واحد منهما يخالف صاحبه ويكذبه ، وهذا مذهب الشافعي .

وقال أبو بكر : ثبت القتل بذلك لأنها اتفقا على القتل واختلفا في صفته فأشبهه التي قبلها ، والاول أصح لأن كل واحد من الشاهدين يكذب صاحبه ، فإن القتل غدوة غير القتل عشية ولا يتصور أن يقتل غدوة ثم يقتل عشية ولا أن يقتل بسيف ثم يقتل بعصا ، بخلاف العمد والخطأ ، لأن الفعل واحد والخلاف في نيته

وقصده : وقد يخفى ذلك على أحدهما دون الآخر ، وإن شهد أحدهما أنه قتله وشهد الآخر أنه أقر بقتله ثبت القتل ، نص عليه أحمد واختاره أبو بكر ، واختار القاضي أنه لا يثبت وهو مذهب الشافعي ، لأن أحدهما شهد بغير ما شهد به الآخر فلم تتفق شهادتهما على فعل واحد

ولنا أن الذي أقر به هو القتل الذي شهد به الشاهد فلا تنافي بينهما فيثبت بشهادتهما كما لو شهد أحدهما بالقتل عمداً والآخر بالقتل خطأ أو كما لو شهد أحدهما أن له عليه ألفاً وشهد الآخر أنه أقر بألف له

(فصل) إذا قتل رجل عمداً قتلاً يوجب القصاص سواء كان الشاهد عدلاً أو فاسقاً لأن شهادته تضمنت سقوط حقه من القصاص وقوله مقبول في ذلك ، فإن أحد الوليين إذا عفا عن حقه سقط القصاص كله ، ويشبه هذا ما لو كان عبد بين شريكين فشهد أحدهما أن شريكه أعتق نصيبه وهو موسر عتق نصيبه وإن أنكره الآخر فإن كان الشاهد بالعفو وشهد بالعفو عن القصاص والمال لم يسقط المال لأن الشاهد اعترف أن نصيبه سقط بغير اختياره

فأما نصيب المشهود عليه فإن كان الشاهد ممن لا تقبل شهادته فالقول قول المشهود عليه مع يمينه ، فإذا حلف ثبتت حصته من الدية ، وإن كان شاهداً مقبول القول حلف الجاني معه وسقط عنه الحق المشهود عليه ويحلف الجاني أنه عفا عن الدية ولا يحتاج إلى ذكر العفو عن القصاص لأنه قد أسقط بشهادة الشاهد فلا يحتاج إلى ذكره في اليمين ، ولأنه إنما يحلف على ما يدعى عليه ولا يدعى عليه غير الدية .

(فصل) وإذا جرح رجل فشهد له رجلان من ورثته غير الوالدين والمولودين نظرت فإن كانت الجراح مندملة فشهادتهما مقبولة لأنهما لا يجران إلى أنفسهما نفعا وإن كانت غيره مندملة لم يحكم بشهادتهما لجواز أن تصير نفسا فتجب الدية لهما بشهادتهما فإن شهدا في تلك الحال وردت شهادتهما ثم اندملت فأعادا شهادتهما فهل تقبل ؟ على وجهين

أحدهما : لا تقبل لأن الشهادة ردت للثمة فلا تقبل وإن زالت الثمة ، كالفاسق إذا أعاد شهادته المردودة بعد عدالته

والثاني تقبل لان سبب التهمة قد تحقق زواله ، وللشافعي وجهان كهذين ، وان شهد وارثا المريض بمال ففى قبول شهادتهما له وجهان
أحدهما : تقبل لانهما يثبتان المال للمريض وان مات انتقل اليهما عنه فأشبهت الشهادة للصحيح ، بخلاف الجنابة فإنها اذا صارت نفسا وجبت الدية لهما بها
والوجه الثاني لا تقبل لانه متى ثبت المال للمريض تعلق حق ورثته به ، ولهذا لا ينفذ تبرعه فيه فيما زاد على الثلث ، وان شهد للمجروح بالجرح من لا يرثه لكونه محجوباً كالأخوين يشهدان لأخييهما وله ابن سمعت شهادتهما، فان مات ابنه نظرت فان كان الحاكم حكم بشهادتهما لم ينقض حكمه لان ما يطرأ بعد الحكم بالشهادة لا يؤثر فيها كالفسق ، وان كان ذلك قبل الحكم بالشهادة لم يحكم بها لأنهما صارا مستحقين فلا يحكم بشهادتهما، كما لو فسق الشاهدان قبل الحكم بشهادتهما، وان شهد على رجل بالجراح الموجهة للدية على العاقلة فشهد بعض عاقلة المشهود عليه بجرح الشهود لم تقبل شهادته ، وان كان فقيراً لانه قد يكون ذا مال وقت العقل فيكون دافعاً عن نفسه، وان كان الجرح عما لا تحمله العاقلة كجراحة العمدة أو العبد سمعت شهادة العاقلة بجرح الشهود لأنهما لا يدفعان عن أنفسهما ضرراً، فان موجب هذه الجراحة القصاص أو المال في ذمة الجاني ، وكذلك إن كان الشاهدان يشهدان على إقراره بالجرح لأن العاقلة لا تحمل الاعتراف ، وان كانت شهادتهما بجراح عقله دون ثلث الدية خطأ نظرنا فان كانت شهادة العاقلة بجرح الشهود قبل الاندمال لم تقبل لانها ربما صارت نفسا فتحملها العاقلة وان كانت بعده قبلت لانها لا تحمل ما دون الثلث ، وان كان الشاهدان بالجرح ليسا من العاقلة في الحال ، وانما يصيران من العاقلة التي تتحمل أن لو مات من هو اقرب منهما قبلت شهادتهما ذكره القاضي لانهما ليسا من العاقلة وانما يصيران منها بموت القريب والظاهر حياته وفارق الفقير اذا شهد لان الغنى ليست عليه أمانة ، فان المال غاد ورائح ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على نحو ما ذكرنا ، ويحتمل أن يسوى بين المسلمين لان كل واحد منهما ليس من العاقلة في الحال ؛ وانما يصير منها بحدوث أمر لم يتفق الآن سببه فمما سواه واحتمال غنى الفقير كاحتمال موت الحى بل الموت اقرب فانه لا بد منه وكل حى ميت ، وكل نفس ذائفة الموت وليس كل فقير

يستغنى فما ثبت في إحدى الصورتين ثبت في الأخرى فيثبت فيهما جميعا وجهان بأن ينقل حكم كل واحدة من الصوتين الى الأخرى .

(فصل) إذا شهد رجلان على رجلين أنهما قتل رجلا ثم شهد المشهود عليهما على الأولين أنهما اللذان قتلاه فصدق الولي الأولين وكذب الآخرين وجب القتل عليهما لأن الولي يكذبهما وهما يدفعان بشهادتهما عن أنفسهما ضرراً وإن صدق الآخرين وحدهما بطلت شهادة الجميع لأن الأولين بطلت شهادتهما لتكذيبه لهما ورجوعه عما شهدا له به والآخران لا تقبل شهادتهما لأنهما عدوان للأوليين ولأنهما يدفعان عن أنفسهما ضرراً .

وإن صدق الجميع بطلت شهادتهم أيضا لأنه بتصديق الأولين مكذب للآخرين وتصديقه الآخرين تكذيب للأوليين وهما متهمان لما ذكرناه .

فإن قيل : كيف تتصور هذه المسألة والشهادة إنما تكون بعد الدعوى ؟ فكيف يتصور فرض تصديقهم وتكذيبهم ؟

قلنا : قد يتصور أن يشهدوا قبل الدعوى إذا لم يعلم الولي من قتله ، ولهذا روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال د خير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها ، وهذا معنى ذلك .

كتاب قتال أهل البغى

والأصل في هذا الباب قول الله سبحانه (وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغى حتى تفيء إلى أمر الله - إلى قوله - إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم) ففيها خمس فوائد أحدها : أنهم لم يخرجوا بالبغى عن الإيمان فإنه سماهم مؤمنين .

الثانية : أنه أوجب قتالهم .

الثالثة : أنه أسقط قتالهم إذا قاءوا إلى أمر الله .

الرابعة : أنه أسقط عنهم التبعة فيما أتلفوه في قتالهم .

الخامسة : أن الآية أفادت جواز قتال كل من منع حقا عليه ، وروى عبد الله ابن عمرو قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من أعطى إماما صفقة يده وثمرة فؤاده فليطعه ما استطاع فإن جاء آخر ينازعه فاضربوا عنقه الآخر ، رواه مسلم .

وروى عرجة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ستكون هنات وهنات - ورفع صوته - ألا ومن خرج على أمي وهم جميع فاضربوا عنقه بالسيف كماثما من كان ، فكل من ثبتت إمامته وجبت طاعته وحرم الخروج عليه وقتاله لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم) وروى عبادة بن الصامت قال . بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على السمع والطاعة في المنشط والمكروه وأن لا تنازع الأمر أهله .

وروى عن النبي (ص) أنه قال : من خرج من الطاعة وفارق الجماعة فمات فميته جاهلية ، رواه ابن عبد البر من حديث أبي هريرة وأبي ذر وابن عباس كماها بمعنى واحد وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم على قتال البغاة فإن أبا بكر (رض) قاتل مانعي الزكاة وعلى قاتل أهل الجمل وصفين وأهل النهروان .

والخارجون عن قبضة الإمام أصناف أربعة .

أحدها : قوم امتنعوا من طاعته وخرجوا عن قبضته بغير تأويل فهو لاء قطاع طريق ساعون في الأرض بالفساد يأتي حكمهم في باب مفرد .

الثاني : قوم لهم تاويل إلا أنهم نفر يسير لا منعة لهم كالواحد والاثنين والعشرة ونحوهم فهو لاء قطاع طريق في قول أكثر أصحابنا ، وهو مذهب الشافعي لأن ابن ملجم لما جرح علياً قال للحسن إن برئت رأيت رأيي وإن مت فلا تمثلوا به فلم يثبت لفعله حكم البغاة ولائنا لو أثبتنا للعدد اليسير حكم البغاة في سقوط ضمان ما أتلفوه أفضى إلى إتلاف أموال الناس ، وقال أبو بكر : لا فرق بين الكثير والقليل وحكمهم حكم البغاة إذا خرجوا عن قبضة الإمام .

الثالث . الخوارج الذين يكفرون بالذنوب ويكفرون عثمان وعلياً وطلحة والزبير وكثيراً من الصحابة ويستحلون دماء المسلمين وأموالهم إلا من خرج معهم فظاهر قول الفقهاء من أصحابنا المتأخرين أنهم بغاة حكمهم حكمهم وهو قول أبي حنيفة والشافعي وجمهور الفقهاء وكثير من أهل الحديث ومالك يرى استتابتهم فإن تابوا وإلا قتلوا على إفسادهم لا على كفرهم .

وذهبت طائفة من أهل الحديث إلى أنهم كفار مرتدون حكمهم حكم المرتدين وتباح دماؤهم وأموالهم ، فإن تحيزوا في مكان وكانت لهم منعة وشوكة صاروا أهل حرب كسائر الكفار ، وإن كانوا في قبضة الإمام استتابهم كاستتابة المرتدين فإن تابوا وإلا ضربت أعناقهم وكانت أموالهم فينا لا يرثهم ورثتهم المسلمون لما روى أبو سعيد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : يخرج قوم تحقرون صلاتكم مع صلاتهم وصيامكم مع صيامهم وأعمالكم مع أعمالهم يقرءون القرآن لا يجاوز حناجرهم ، يرقون من الدين كما يرق السهم من الرمية ، ينظر في النصل فلا يرى شيئاً ، وينظر في القدح فلا يرى شيئاً وينظر في الريش فلا يرى شيئاً ويتبارى في الفوق ، رواه مالك في موطئه والبخاري في صحيحه وهو حديث صحيح ثابت الإسناد .

وفي لفظ قال : يخرج قوم في آخر الزمان أحداث الأسنان سفهاء الأحلام يقولون من خير قول البرية يقرءون القرآن لا يجاوز تراقيهم يرقون من الدين كما يرق السهم من الرمية فأينما لقيتهم فاقتلهم فإن قتلهم أجر لمن قتلهم يوم القيامة ، رواه البخاري ، وروى معناه من وجوه يقول : فكما خرج هذا السهم نقياً خالياً من الدم والفرث لم يتعلق منها شيء كذلك خروج هؤلاء من الدين يعني الخوارج .

وعن أبي أمامة أنه رأى رجلاً منسوبة على درج مسجد دمشق فقال كلاب النار شر قتلى تحت أديم السماء خير قتلى من قتلوه ثم قرأ (يوم تبيض وجوه وتسود وجوه إلى آخر الآية فقل له أنت سمعته من رسول الله (ص) ؟ قال لو لم أسمعه إلا مرة أو مرتين أو ثلاثاً أو أربعاً حتى عد سبعا ما حدثكموه .

قال الترمذى : هذا حديث حسن ، ورواه ابن ماجه عن سهل عن ابن عينة عن أبي غالب أنه سمع أبا أمامة يقول : شر قتلى قتلوا تحت أديم السماء وخير قتلى من قتلوا ، كلاب أهل النار كلاب أهل النار كلاب أهل النار ، قد كان هؤلاء مسلمين فصاروا كفاراً ، قلت : يا أبا أمامة هذا شيء تقوله ؟ قال بل سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وعن علي رضي الله عنه في قوله تعالى (قل هل ننبئكم بالآخرين أعمالاً) قال : هم أهل النهران ، وعن أبي سعيد في حديث آخر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : هم شر الخلق والخلق إن أدركتهم لا تقتلهم قتل عاد ، وقال : لا يجاوز إيمانهم حناجرهم ، وأكثر الفقهاء على أنهم بغاة ولا يرون تكفيرهم .

قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً وافق أهل الحديث على تكفيرهم وجعلهم كالمرتدين ، قال ابن عبد البر : في الحديث الذي روينا : قوله : يتبارى في الفوق ، يدل على أنه لم يكفرهم لأنهم علقوا من الإسلام بشيء بحيث يشك في خروجهم منه ، وروى عن علي أنه لما قاتل أهل النهر قال لأصحابه لا تبدءوهم بالقتال وبعث اليهم أقبلدونا بعبد الله بن خباب قالوا كلنا قتله ، فحينئذ استحل قتالهم لا قرارهم على أنفسهم بما يوجب قتلهم .

وذكر ابن عبد البر عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن أهل النهر أ كفار هم قال من الكفر فروا قيل فمناقون ؟ قال : ان المنافقين لا يذكرون الله إلا قليلاً قيل فما هم قال هم قوم أصابتهم فتنة فعموا فيها وصموا وبغوا علينا وقاتلونا فقاتلناهم ، ولما جرحه ابن ملجم قال للحسن أحسنوا أساره فإن عشت فأنا ولي دمي ، وإن مت فضرة كضرتي ، وهذا رأى عمر بن عبد العزيز فيهم وكثير من العلماء ، والصحيح أن شاء الله أن الخوارج يجوز قتلهم ابتداءً والاجازة على جريحتهم

لا امر النبي صلى الله عليه وسلم بقتلهم ووعد بالثواب من قتلهم فإن عليا (رض) قال : لولا أن ينظروا لحدثكم بما وعد الله الذين يقتلونهم على لسان محمد (ص) ولأن بدعتهم وسوء فعلهم يقتضى حل دمائهم بدليل ما أخبر به النبي (ص) من عظم ذنبهم وأنهم شر الخلق والخليقة وأنهم يترقون من الدين وأنهم كلاب النار وحده على قتلهم وأخباره بأنه لو أدركهم لقتلهم قتل عاد فلا يجوز إلحاقهم بمن أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالكف عنهم وتورع كثير من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتالهم ولا بدعة فيهم .

الصنف الرابع : قوم من أهل الحق يخرجون عن قبضة الامام ويرومون خلعه لتأويل سائق وفيهم منعة يحتاج في كفهم الى جمع الجيش فمؤلاء البغاة الذين نذكر في هذا الباب حكمهم ، وواجب على الناس معونة امامهم في قتال البغاة لما ذكرنا في أول الباب ولأنهم لو تركوا معونته لقهره أهل البغي وظهر الفساد في الارض

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله (وإذا اتفق المسلمون على امام فمن خرج عليه من المسلمين يطلب موضعه حاربوا ودفعوا بأسهل ما يندفعون به)

وجملته الامر : أن من اتفق المسلمون على امامته وبيعته ثبتت امامته ووجبت معونته لما ذكرنا من الحديث والاجماع ، وفي معناه من ثبتت امامته بعهد النبي صلى الله عليه أو بعهد امام قبله اليه فان أبا بكر ثبتت امامته باجماع الصحابة على بيعته وعمر ثبتت امامته بعهد أبي بكر اليه :

وأجمع الصحابة على قبوله ولو خرج رجل على الامام فقهره وغلب الناس بسيفه حتى أفروا له وأذعنوا بطاعته وتابعوه صار اماما يحرم قتاله والخروج عليه فان عبد الملك بن مروان خرج على ابن الزبير فقتله واستولى على البلاد وأهلها حتى تابعوه طوعا وكرها فصار اماما يحرم الخروج عليه وذلك لما في الخروج عليه من شق عصي المسلمين واراقة دمائهم وذهاب أموالهم ، ويدخل الخارج عليه في قوله عليه السلام « من خرج على أمتي وهم جميع فاضربوا عنقه بالسيف كائنا من كان » فمن خرج على من ثبتت امامته بأحد هذه الوجوه باغيا وجب قتاله ، ولا يجوز قتالهم حتى يبعث اليهم من يسألهم ويكشف لهم الصواب الا أن يخاف

كلهم فلا يمكن ذلك في حقهم ، فأما ان أمكن تعريفهم عرفهم ذلك وأزال ما يذكرونه من المظالم وأزال حججهم ، فإن لجوا قاتلهم حيثنذ لأن الله تعالى بدأ بالأمر بالإصلاح قبل القتال ، فقال سبحانه (وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تنفي إلى أمر الله) . وروى أن علياً رضي الله عنه راسل أهل البصرة قبل وقعة الجمل ثم أمر أصحابه أن لا يبدؤهم بالقتال ثم قال : إن هذا يوم من فلج فيه فلج يوم القيامة ، ثم سمعهم يقولون الله أكبر يا ثارات عثمان ، فقال اللهم أكب قتلة عثمان لوجوههم وروى عبد الله بن شداد بن الهادي أن علياً لما اعتزلته الحرورية بعث اليهم عبد الله بن عباس فواضعوه كتاب الله ثلاثة أيام فرجع منهم أربعة آلاف ، فإن أبوا الرجوع وعظمهم وخوفهم القتال .

وإنما كان كذلك لأن المقصود كفهم ودفع شرهم لا قتلهم ، فإذا أمكن بمجرد القول كان أولى من القتال لما فيه من الضرر بالفريقين ، فإن سألوا الانظار نظر في حالهم وبحث عن أمرهم ، فإن بان له أن قصدهم الرجوع إلى الطاعة ومعرفة الحق أمهلهم . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم ، فإن كان قصدهم الاجتماع على قتاله وانتظار مدد يقوون به أو خديعة الامام أو لياخذوه على غرة ويفترق عسكره لم ينظرهم وعاجلهم لأنه لا يأمن أن يصير هذا طريقاً إلى قهر أهل العدل ولا يجوز هذا ، وإن أعطوه عليه مالا لأنه لا يجوز أن يأخذ المال على إقرارهم على مالا يجوز إقرارهم عليه ، وإن بذل له رهائن على إنظارهم لم يجوز أخذها لذلك ، ولأن الرهائن لا يجوز قتلهم لغدر أهلهم فلا يفيد شيئاً . وإن كان في أيديهم أسرى من أهل العدل وأعطوا بذلك رهائن منهم قبلهم الامام واستظهر للمسلمين .

فإن أطلقوا أسرى المسلمين الذين عندهم أطلقت رهائنهم ، وإن قتلوا من عندهم لم يجوز قتل رهائنهم لأنهم لا يقتلون بقتل غيرهم ، فإذا انقضت الحرب خلى الرهائن كما تخلى الأسارى منهم .

وإن خاف الإمام على الفئة العادلة الضعف عنهم أخر قتالهم إلى أن يتمكنه القوة عليهم لأنه لا يؤمن الاصطلام والاستئصال فيؤخرهم حتى تقوى شوكة أهل العدل

ثم يقاتلهم ، وان سألوه أن ينظرهم أبداً ويدعهم وما هم عليه ويكفوا عن المسلمين
نظر فإن لم يعلم قوته عليهم وخاف قهرهم له ان يقاتلهم تركهم ، وان قوى عليهم
لم يجوز اقرارهم على ذلك ؛ لأنه لا يجوز أن يترك بعض المسلمين طاعة الامام ولا
تؤمن قوة شوكتهم بحيث يفضى الى قهر الامام العادل ومن معه ، ثم ان أمكن
دفعهم بدون القتل لم يجوز قتلهم لأن المقصود دفعهم ، ولأن المقصود اذا
حصل بدون القتل لم يجوز القتل من غير حاجة ، وان حضر معهم من لا يقاتل
لم يجوز قتله .

وقال أصحاب الشافعي فيه وجه آخر : يجوز لأن علياً رضي الله عنه نهى
أصحابه عن قتل محمد بن طلحة السجاد وقال : اياكم وصاحب البرنس ، فقتله
رجل وأنشأ يقول :

وأشعث قوام بآيات ربه قليل الاذى فيما ترى العين مسلم
هتكت له بالرمح جيب قميصه فخر صريعاً للبيدين وللغم
على غير شيء غير أن ليس تابعا علياً ومن لم يتبع الحق يظلم
يناشدني حم ، والرمح شاجر فهلا تلا حم قبل التقدم ؟
وكان السجاد حامل راية أبيه ولم يقاتل فلم ينكر على قتله ، ولأنه
صار رداه لهم .

ولنا قول الله تعالى (ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم) والاعخبار
الواردة في قتل المسلم والاجماع على تحريمه ، وانما خص من ذلك ما حصل ضرورة
دفع الباغى والصائل ففيها عداة يبق على العموم والاجماع فيه ؛ ولهذا حرم قتل
مدبرهم وأسيرهم والاجهاز على جريحهم ، مع انهم انما تركوا القتال مجزأ عنه ،
ومتى ما قدروا عليه عادوا اليه ، فمن لا يقاتل تورعا عنه مع قدرته عليه ولا يخاف
منه القتال بعد ذلك أولى ، ولأنه مسلم لم يحتج الى دفعه ولا صدر منه أحد الثلاثة
فلم يحل دمه لقوله عليه السلام : لا يحل دم امرئ مسلم الا بإحدى ثلاث ،
فأما حديث علي في نهيه عن قتل السجاد فهو حجة عليه ، فإن نهى على أولى
من فعل من خالفه ، ولا يمثل قول الله تعالى ولا قول رسوله ولا قول امامه ،
وقواهم لم ينكر قتله ؛ قلنا لم ينقل الينا ان علياً علم حقيقة الحال في قتله ولا حضر

قتله فيذكره ، وقد جاء أن علياً رضي الله عنه حين طاف في القتلى رآه فقال السجادة ورب الكعبة هذا الذي قتله بره بأبيه ، وهذا يدل على أنه لم يشعر بقتله ، ورأى كعب بن سور فقال : يزعمون إنما خرج البنا الرعاع وهذا الخبر بين أظهرهم ، ويجوز أن يكون تركه الإنكار عليهم اجتزاء بالنهي المتقدم ، ولأن القصد من قتالهم كفهم ، وهذا كافٍ لنفسه فلم يحز قتله كاللهزم .

(فصل) وإذا قاتل معهم عبيد ونساء وصبيان فهم كالرجل البالغ الحر يقاتلون مقبلين ويتركون مدبرين لأن قتالهم للدفع ، ولو أراد أحد هؤلاء قتل إنسان جاز دفعه وقتاله وإن أتى على نفسه ، ولذلك قلنا في أهل الحرب إذا كان معهم النساء والصبيان يقاتلون قوتلوا وقتلوا :

(فصل) ولا يقاتل البغاة بما يعم إتلافه كالنار والمنجنيق والتغريق من غير ضرورة لأنه لا يجوز قتل من لا يقاتل وما يعم إتلافه يقع على من يقاتل ومن لا يقاتل ، فإن دعت إلى ذلك ضرورة ، مثل أن يحتاط بهم البغاة ولا يمكنهم التخلص إلا برميهم بما يعم إتلافه جاز ذلك . وهذا قول الشافعي . وقال أبو حنيفة إذا تحصن الخوارج فاحتاج الإمام إلى رميهم بالمنجنيق فعل ذلك بهم ما كان لهم عسكر وما لم ينهزموا وإن رماهم البغاة بالمنجنيق والنار جاز رميهم بمثله .

(فصل) قال أبو بكر : وإذا اقتلت طائفتان من أهل البغي فقدرة الإمام على قهرهما لم يعم واحدة منهما لأنها جميعاً على الخطأ ، وإن عجز عن ذلك وخاف اجتماعهما على حربته ضم إليه أقربهما إلى الحق ، فإن استويا اجتهد برأيه في ضم أحدهما ، ولا يقصد بذلك معونة أحدهما بل الاستعانة على الأخرى ، فإذا هزمها لم يقاتل من معه حتى يدعوهم إلى الطاعة لأنهم قد حصلوا في أمانه ، وهذا مذهب الشافعي ، ولا يستعين على قتالهم بالكفار بحال ، ولا بمن يرى قتالهم مدبرين ، وبهذا قال الشافعي . وقال أصحاب الرأي : لا بأس أن يستعين عليهم بأهل الذمة والمستأمنين وصنف آخر منهم إذا كان أهل العدل هم الظاهرين على من يستعينون به ولنا أن القصد كفهم وردهم إلى الطاعة دون قتالهم ، وإن دعت الحاجة إلى الاستعانة بهم فإن كان يقدر على كفهم استعان بهم وإن لم يقدر لم يجز .

(فصل) واذا أظهر قوم رأى الخوارج مثل تكفير من ارتكب كبيرة وترك الجماعة واستحلال دماء المسلمين وأموالهم ، إلا أنهم لم يخرجوا عن قبضة الامام ولم يسفكوا الدم الحرام ، فحكى القاضى عن أبى بكر أنه لا يحل بذلك قتلهم ولا قتالهم ، وهذا قول أبى حنيفة والشافعى وجمهور أهل الفقه ؛ وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز . فعلى هذا حكمهم فى ضمان النفس والمال حكم المسلمين وان سبوا الامام أو غيره من أهل العدل عزروا لانهم ارتكبوا محرما لا حد فيه ، وان عرضوا بالسب فهل يعزرون ؟ على وجهين

وقال مالك فى الاباضية : وسائر أهل البدع يستتابون فإن تابوا وإلا ضربت أعناقهم ، قال اسماعيل بن اسحاق : رأى مالك قتل الخوارج وأهل القدر من أجل الفساد الداخلى فى الدين كقطاع الطريق فإن تابوا وإلا قتلوا على افسادهم لا على كفرهم ، وأما من رأى تكفيرهم فمقتضى قوله أنهم يستتابون فإن تابوا وإلا قتلوا لكفرهم كما يقتل المرتد ، وحجتهم قول النبي صلى الله عليه وسلم : فأينما لقيتموهم فاقتلوهم ، وقوله عليه السلام : لئن أدركتهم لأقتلنهم قتل عاد ، وقوله صلى الله عليه وسلم فى الذى أنكر عليه وقال : انها لقسمة ما أريد بها وجه الله لأبى بكر . اذهب فاقتله ، ثم قال لعمر مثل ذلك ، فأمر بقتله قبل قتاله ؛ وهو الذى قال : يخرج من ضئضى هذا قوم - يعنى الخوارج - وقول عمر لهبيغ : لو وجدتكم محلوفا اضربت الذى فيه عيناك بالسيف - يعنى لقتلتك - وإنما يقتله لكونه من الخوارج فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : سيماهم التسييد ، يعنى حلق رؤوسهم ، واحتج الاولون بفعل على رضى الله عنه ، فانه روى عنه أنه كان يخطب يوما فقال رجل بباب المسجد : لا حكم الا لله ، فقال على كلمة حق أريد بها باطل ، ثم قال : لكم علينا ثلاث : لا تمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله تعالى ، ولا تمنعكم النى . مادامت أيديكم معنا ولا تبدأكم بقتال ، وروى ابو يحيى قال : صلى على (رض) صلاة فتاداه رجل من الخوارج (لئن أشركت ليحبطن عملك ولتكونن من الخاسرين) فأجابه على : (رض) (فاصبر ان وعد الله حق ولا يستخفنك الذين لا يوقنون)

وكتب عدى بن أرطاة الى عمر بن عبد العزيز ان الخوارج يسبونك ، فكتب اليه ان سبوني فسبواهم أو أعفوا عنهم ، وان شربوا السلاح فاشهروا عليهم وان ضربوا فاضربوا ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يتعرض للمنافقين الذين معه في المدينة فلأن لا يتعرض لغيرهم أولى ، وقد روى في خبر الخارجي الذي أنكر عليه أن خالداً قال يا رسول الله ألا أضرب عنقه ؟ قال : لعله يصلي ، قال رب مصل لاخير فيه ، قال : إني لم أومر أن أنقب عن قلوب الناس ،

• مسألة ، قال (فإن آله ما دفعوا به إلى نفوسهم فلا شيء على الدافع وان قتل الدافع فهو شهيد)

وجملته أنه اذا لم يمكن دفع أهل البغي إلا بقتلهم جاز قتلهم ولا شيء على من قتلهم من إثم ولا ضمان ولا كفارة ، لأنه فعل ما أمر به وقتل من أحل الله قتله وأمر بمقاتلته وكذلك ما أتلفه أهل العدل على أهل البغي حال الحرب من المال لا ضمان فيه لأنهم اذا لم يضمنوا لأنفسهم فالأموال أولى ، فإن قتل العادل كان شهيداً لأنه قتل في قتال أمر الله تعالى به بقوله (فقاتلوا التي تبغي) وهل يغسل ويصلى عليه ؟ فيه روايتان . إحداهما : لا يغسل ولا يصلى عليه لأنه شهيد معركة أمر بالقتال فيها فأشبهه شهيد معركة الكفار

والثانية : يغسل ويصلى عليه وهو قول الأوزاعي وابن المنذر ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالصلاة على من قال لا إله إلا الله واستثنى قتل الكفار في المعركة ففيما عداه يبقى على الأصل ، ولأن شهيد معركة الكفار أجره أعظم وفضله أكثر وقد جاء أنه يشفع في سبعين من أهل بيته وهذا لا يلحق به في فضله فلا يثبت فيه مثل حكمه فإن الشيء إنما يقاس على مثله .

(فصل) وليس على أهل البغي أيضا ضمان ما أتلفوه حال الحرب من نفس ولا مال ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، وفي الآخر يضمنون ذلك لقول أبي بكر لأهل الردة : تدون قتلانا ولا ندى قتلكم ولأنها نفوس وأموال معصومة أتلفت بغير حق ولا ضرورة دفع مباح فوجب ضمانه كالذي تلفت في غير حال الحرب .

ولنا : ما روى الزهري أنه قال كانت الفتنة العظمى بين الناس وفيهم البديريون فاجمعوا على أن لا يقام حد على رجل ارتكب فرجا حراما بتأويل القرآن ولا يغرم مالا أتلفه بتأويل القرآن ، ولأنها طائفة ممتعة بالحرب بتأويل سائق فلم تضمن ما أتلفت على الأخرى كأهل العدل ولأن تضمنهم بفضي إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة فلا يشرع كتضمن أهل الحرب

فأما قول أبي بكر رضي الله عنه فقد رجع عنه ولم يمضه ، فإن عمر قال له . أما إن يدوا قتلانا فلا ، فإن قتلانا قتلوا في سبيل الله تعالى على ما أمر الله ، فوافقه أبو بكر ورجع إلى قوله فصار أيضا إجماعا حجة لنا ولم ينقل أنه غرم أحدا شيئا من ذلك ، وقد قتل طليحة عكاشة بن محصن وثابت بن أقرم ثم أسلم فلم يغرم شيئا ثم لو وجب التغريم في حق المرتدين لم يلزم مثله ههنا ، فإن أولئك كفار لا تأويل لهم وهؤلاء طائفة من المسلمين لهم تأويل سائق : فكيف يصح إلحاقهم بهم ؟ فأما ما أتلفه بعضهم على بعض في غير حال الحرب قبله أو بعده فعلى متلفه ضمانه وبهذا قال الشافعي ، ولذلك لما قتل الخوارج عبد الله بن خباب أرسل إليهم على أقيدونا من عبد الله بن خباب ، ولما قتل ابن ملجم عليا في غير المعركة أقيد به ، وهل يتحتم قتل الباغي إذا قتل أحدا من أهل العدل في غير المعركة ؟ فيه وجهان . أحدهما : يتحتم لأنه قتل بإشهار السلاح والسعي في الأرض بالفساد فيتحتم قتله كقاطع الطريق

والثاني . لا يتحتم وهو الصحيح لقول علي رضي الله عنه : إن شئت أن أعفو وإن شئت استقدت ، فأما الخوارج فالصحيح على ما ذكرنا إباحة قتلهم فلا قصاص على قاتل أحد منهم ولا ضمان عليه في ماله

مسألة ، قال (وإذا دفعوا لم يتبع لهم مدبر ولا يجاز على جريحهم ولم يقتل لهم أسير ولم يغنم لهم مال ولم تسب لهم ذرية)

وجملته أن أهل البغي إذا تركوا القتال أما بالرجوع إلى الطاعة وإما بإلقاء السلاح وأما بالهزيمة إلى فئة أو إلى غير فئة ، وأما بالعجز لجراح أو مرض أو أسر فإنه يحرم قتلهم واتباع مدبرهم ، وبهذا قال الشافعي

وقال ابو حنيفة : اذا هزموا ولا فئة لهم كقولنا وان كانت اهلهم فئة ياجئون اليها جاز قتل مدبرهم واسيرهم والاجازة على جريحهم وان لم يكن اهلهم فئة لم يقتلوا لكن يضربون ضربا وجيعا ويحبسون حتى يقاتلوا عما هم عليه ويحدثوا توبة ، ذكروا هذا في الخوارج ، ويروى عن ابن عباس نحو هذا واختاره بعض اصحاب الشافعي لانه متى لم يقتلهم اجتمعوا ثم عادوا الى المحاربة

ولنا ما روى عن علي رضي الله عنه انه قال يوم الجمل : لا يذفق على جريح ولا يهتك ستر ولا يفتح باب ومن أغلق بابا أو بابة فهو آمن ، ولا يتبع مدبر ، وقد روى نحو ذلك عن عمار وعن علي رضي الله عنه انه ودى قوما من بيت مال المسلمين قتلوا مدبرين ، وعن أبي أمامة انه قال شهدت صفين وكانوا لا يجيزون على جريح ولا يقتلون موليا ولا يسلبون قتيلًا

وقد ذكر القاضي في شرحه عن عبد الله بن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : يا ابن أم عبد ما حكم من بغى على امتي ؟ فقلت الله ورسوله أعلم فقال لا يتبع مدبرهم ولا يجاز على جريحهم ولا يقتل أسيرهم ولا يقسم فيهم ، ولان المقصود دفعهم وكفهم وقد حصل فلم يجز قتلهم كالمصائل ولا يقتلون لما يخاف في الثاني كالمولى لم تكن اهلهم فئة . اذا ثبت هذا فان قتل انسان من منع من قتله ضمنه لانه قتل معصوما لم يؤمر بقتله ، وفي القصاص وجهان

أحدهما . يجب لانه مكافئ معصوم . والثاني : لا يجب لان في قتلهم اختلافا بين الائمة فكان ذلك شبهة دائمة للقصاص لانه عما يندرى بالشبهات ، وأما أسيرهم فان دخل في الطاعة خلى سبيله وان أبى ذلك وكان رجلا جلدا من اهل القتال حبس ما دامت الحرب قائمة فاذا انقضت الحرب خلى سبيله وشرط عليه أن لا يعود الى القتال وان لم يكن الاسير من اهل القتال كالنساء والصبيان والشيوخ الفانين خلى سبيلهم ولم يحبسوا في أحد الوجهين وفي الآخر يحبسون لان فيه كسر القلوب البغاة وان أسر كل واحد من الفريقين أسارى من الفريق الآخر جاز فداء أسارى اهل العدل بأسارى اهل البغى . وان قتل اهل البغى أسارى اهل العدل لم يجز لأهل العدل قتل أساراهم لانهم لا يقتلون بجنابة غيرهم ولا يزرون وذر غيرهم ، وان أبى البغاة مفاداة الاسرى الذين معهم وحبسوهم احتمل أن يجوز لأهل العدل

حبس من معهم ليتوصلوا إلى تخلص أسرارهم بحبس من معهم ؛ ويحتمل أن لا يجوز حبسهم ويطلقون لأن الذنب في حبس أسارى أهل العدل غيرهم .

(فصل) فأما غنيمة أموالهم وسبي ذريتهم فلا تعلم في تحريره بين أهل العلم خلافاً ، وقد ذكرنا حديث أبي أمامة وابن مسعود ، ولأنهم معصومون وإنما أبيع من دماؤهم وأموالهم ما حصل من ضرورة دفعهم وقتالهم وما عداه يبقى على أصل التحريم ، وقد روى أن علياً رضي الله عنه يوم الجمل قال من عرف شيئاً من ماله مع أحد فليأخذه وكان بعض أصحاب علي قد أخذ قدراً وهو يطبخ فيها لخباء صاحبها ليأخذها فسأله الذي يطبخ فيها إمامه حتى ينضج الطبخ فأبى وكبه وأخذها ، وهذا من جملة ما نتم الخوارج من على فإنهم قالوا إنه قاتل ولم يسب ولم يغنم فإن حلت له دماؤهم فقد حلت له أموالهم وإن حرمت عليه أموالهم فقد حرمت عليه دماؤهم فقال لهم ابن عباس أقتسبون أمكم ؟ يعني عائشة أم تستحلون منها ما تستحلون من غيرها ؟

فإن قلتم ليست أمكم فقد كفرتم ، وإن قلتم إنها أمكم واستحلتم سببها فقد كفرتم ، يعني بقوله إنكم أن جحدتم أنها أمكم فقد قال الله تعالى (النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وأزواجه أمهاتهم) فإن لم تكن أمهم لم يكونوا من المؤمنين ولأن قتال البغاة إنما هو لدفعهم وردهم إلى الحق لا لكفرهم فلا يستباح منهم إلا ما حصل ضرورة الدفع كالأصائل وقاطع الطريق وبقي حكم المال والذرية على أصل العصمة ، وما أخذ من كراعتهم وسلاحهم لم يرد إليهم حال الحرب لئلا يقاتلونا به . وذكر القاضي أن أحمد أوما إلى جواز الانتفاع به حال التحام الحرب ولا يجوز في غير قتالهم ، وهذا قول أبي حنيفة لأن هذه الحال يجوز فيها إقتلاف نفوسهم وحبس سلاحهم وكراعتهم فجاز الانتفاع به كسلاح أهل الحرب ، وقال الشافعي : لا يجوز ذلك إلا من ضرورة إليه لأنه مال مسلم فلم يجز الانتفاع به بغير إذنه كغيره من أموالهم . وقال أبو الخطاب في هذه المسألة وجهان كاللذهيين ، ومتى انتقضت الحرب وجب رده إليهم كما ترد إليهم سائر أموالهم لقول النبي (ص) لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه ، وروى أبو قيس أن علياً رضي الله عنه نادى من وجد ماله فليأخذه .

« مسألة ، قال (ومن قتل منهم غسل وكفن وصلى عليه) »

يعنى من أهل البغى ، وبهذا قال مالك والشافعى ، وقال أصحاب رأى . ان لم يكن لهم فئة صلى عليهم ، وان كانت لهم فئة لم يصل عليهم ، لانه يجوز قتلهم فى هذه الحال فلم يصل عليهم كالكفار .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « صلوا على من قال لا اله الا الله ، رواه الحلال فى جامعه ، ولأنهم مسلمون لم يثبت لهم حكم الشهادة فيغسلون ويصلى عليهم كما لو لم يكن لهم فئة ، وما ذكروه ينتقض بالزاني المحصن والمقتص منه والقاتل فى المحاربة .

(فصل) لم يفرق أصحابنا بين الخوارج وغيرهم فى هذا ، وهو مذهب الشافعى وأصحاب رأى . وظاهر كلام أحمد رحمه الله أنه لا يصل على الخوارج فإنه قال : أهل البدع ان مرضوا فلا تعودوهم ، وان مانوا فلا تصلوا عليهم .

وقال أحمد : الجهمية والرافضة لا يصل عليهم قد ترك النبي (ص) الصلاة بأقل من هذا ، وذكر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تقاتل خيبر من ناحية من نواحيها فقاتل رجل من تلك الناحية فقتل فلم يصل عليه النبي صلى الله عليه وسلم فقل انه كان فى قرية أهلها نصارى ليس فيها من يصل عليه قال « أنا لا أشهده يشهده من شاء » .

وقال مالك : لا يصل على الإباضية ولا العدرية وسائر أصحاب الأهواء ولا تتبع جنازهم ولا تعاد مرضاهم ، والاباضية صنف من الخوارج نسبوا الى عبدالله بن أباض صاحب مقاتلهم ، والازارقة أصحاب نافع بن الأزرق ، والنجدات أصحاب نجدة الحرورى ، والبيهسية أصحاب يمين والصفرية قيل انهم نسبوا الى صفرة ألوانهم وأصنافهم كثيرة ، والحرورية نسبوا الى أرض يقال لها حروراء خرجوا بها ، وقال أبو بكر بن عياش . لا أصلى على الرافضى لأنه زعم أن عمر كافر ولا على الحرورى لأنه يزعم أن عليا كافر ، وقال الفريابي من شتم أبا بكر فهو كافر لا يصل عليه .

ووجه ترك الصلاة عليهم أنهم يكفرون أهل الإسلام ولا يرون الصلاة

عليهم فلا يصلي عليهم كالـكفار من أهل الذمة وغيرهم ولأنهم مرقوا من الدين فاشبهوا المرتدين .

(فصل) والبغاة إذا لم يكونوا من أهل البدع ليسوا بفاسقين وإنما هم يخطئون في تأويلهم والامام وأهل العدل مصيبون في قتالهم فهم جميعاً كالمتجهدين من الفقهاء في الأحكام من شهد منهم قبلت شهادته إذا كان عدلاً ، وهذا قول الشافعي ولا أعلم في قبول شهادتهم خلافاً ، فأما الخوارج وأهل البدع إذا خرجوا على الامام فلا تقبل شهادتهم لأنهم فاسقون .

وقال أبو حنيفة : يفسقون بالبغي وخروجهم على الامام ولكن تقبل شهادتهم لأن فستهم من جهة الدين فلا ترد به الشهادة وقد قبل شهادة الكفار بعضهم على بعض ، ويذكر ذلك في كتاب الشهادة ان شاء الله تعالى .

(فصل) ذكر القاضي أنه لا يكره للعادل قتل ذي رحمه الباغى لأنه قتل بحق فأشبهه إقامة الحد عليه وكرهت طائفة من أهل العلم القصد الى ذلك وهو أصح ان شاء الله لقوله تعالى (وان جاهدك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفاً) .

وقال الشافعي كف النبي صلى الله عليه وسلم أبا حنيفة وعتبة عن قتل أبيه ، وقال بعضهم لا يحل ذلك لأن الله تعالى أمر بمصاحبته بالمعروف وليس هذا من المعروف فان قتله فهل يرثه ؟ على روايتين .

أحدهما . يرثه هذا قول أبي بكر ومذهب أبي حنيفة لأنه قتل بحق فلم يمنع الميراث كالنصاص والقتل في الحد . والثانية : لا يرثه ، وهو قول ابن حامد ومذهب الشافعي لعموم قوله عليه السلام « ليس لقاتل شيء » ، وأما الباغى اذا قتل العادل فلا يرثه ، وهذا قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يرثه لأنه قتل بتأويل أشبه قتل العادل الباغى .

ولما أنه قتل بغير حق فلم يرثه كالقاتل خطأ ، وفارق ما اذا قتل العادل لأنه قتل بحق ، وقال قوم اذا تعدد العادل قتل قريبه فقتله ابتداء لم يرثه وان قصد ضربه ليصير غير ممتنع لجرحه ومات من هذا الضرب ورثه لأنه قتل بحق ، وهذا قول ابن المنذر وقال هو أقرب الأقاويل .

« مسأله ، قال (وما أخذوا في حال امتناعهم من زكاة أو خراج لم يعد عليهم)

وجملته ان اهل البغى اذا غلبوا على بلد لجبوا الخراج والزكاة والجزية واقاموا الحدود وقع ذلك موقعه فاذا ظهر اهل العدل بعد على البلد وظفروا بأهل البغى لم يطالبوا بشيء مما جبوه ولم يرجع به على من اخذ منه ، روى نحو هذا عن ابن عمر وسلة بن الاكوع ، وهو قول الشافعي وابو ثور واصحاب الرأي وسواء كان من الخوارج او من غيرهم ، وقال ابو عبيد : على من اخذوا منه الزكاة الاعادة لانه اخذها ممن لا ولاية له صحيحة فأشبهه ما لو اخذها آحاد الرعية .

ولنا أن عليا لما ظهر على اهل البصرة لم يطالبهم بشيء مما جبوه وكان ابن عمر اذا اتاه ساعى نجدة الحرورى دفع اليه زكاته .

وكذلك سلة بن الاكوع ولان في ترك الاحتساب بها ضرراً عظيماً ومشقة كثيرة فانهم قد يغلبون على البلاد التسنين الكثيرة فلو لم يحتسب بما اخذوه ادى الى ثنا الصدقات في تلك المدة كلها .

فاذا ثبت هذا : فاذا ذكر ارباب الصدقات انهم قد اخذوا صدقاتهم قبل قولهم بغير يمين ، قال احمد : لا يستحلف الناس على صدقاتهم ، وان ادعى اهل الذمة دفع جزيتهم لم تقبل بغير بينة لانهم غير مأمونين ، ولان ما يجب عليهم عوض وليس بمواساة فلم يقبل قولهم كأجرة الدار .

ويحتمل ان يقبل قولهم اذا مضى الحول لأن الظاهر ان البغاة لا يدعون الجزية لهم فكان القول قولهم لأن الظاهر معهم ، ولأنه اذا مضى لذلك سنون كثيرة شق عليهم اقامة البينة على كل عام فيؤدى ذلك الى تغريم الجزية مرتين ، وان ادعى من عليه الخراج دفعه اليهم فقيه وجهان .

احدهما : يقبل . لانه حق على مسلم فقبل قوله فيه كالزكاة . والثاني : لا يقبل لانه عوض فأشبه الجزية وان كان من عليه الخراج ذمياً فهو كالجزية لانه عوض على غير مسلم فهو كالجزية ولانه احد الخراجين فأشبه الجزية .

« مسأله ، قال (ولا ينقض من حكم حاكمهم الا ما ينقض من حكم غيره)

يعنى اذا نصب اهل البغى قاضياً يصلح للقضاء لحكمه حكم اهل العدل ينفذ من

أحكامه ما ينفذ من أحكام أهل العدل ويرد منه ما يرد، فإن كان ممن يستحل دماء أهل العدل وأموالهم لم يجوز قضاؤه لأنه ليس بعدل، وهذا قول الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يجوز قضاؤه بحال لأن أهل البغي يفسدون ببيعتهم والفسق ينافي القضاء. ولنا أنه اختلاف في الفروع بتأويل سائق فلم يمنع صحة القضاء ولم يفسد كاختلاف الفقهاء.

فإذا ثبت هذا فإنه إذا حكم بما لا يخالف إجماعاً نفذ حكمه، وإن خالف ذلك نقض حكمه فقاضى أهل البغي أولى، وإن حكم بسقوط الضمان عن أهل البغي فيما أتلفوه حال الحرب جاز حكمه لأنه موضع اجتهاد وإن كان حكمه فيما أتلفوه قبل قيام الحرب لم ينفذ لأنه يخالف للإجماع وإن حكم على أهل العدل بوجوب الضمان فيما أتلفوه حال الحرب لم ينفذ حكمه لمخالفته للإجماع، وإن حكم بوجوب ضمان ما أتلفوه في غير حال الحرب نفذ حكمه، وإن كتب قاضيه إلى قاضى أهل العدل جاز قبول كتابه لأنه قاض ثابت القضاة نافذ الأحكام، والاولى أن لا يقبله كسراً لقلوبهم.

وقال أصحاب الرأي لا يقبله لأن قضاؤه لا يجوز، وقد سبق الكلام في هذا فأما الخوارج إذا ولوا قاضياً لم يجوز قضاؤه لأن أقل أحوالهم الفسق والفسق ينافي القضاء، ويحتمل أن يصح قضاؤه وتنفيذ أحكامه لأن هذا مما يتناول وفي القضاء بفساد قضائيه وعقوده الانكحة وغيرها ضرر كثير لحاز دفعا للضرر كما لو أقام الحدود وأخذ الجزية والحراج والزكاة.

(فصل) وإن ارتكب أهل البغي في حال امتناعهم ما يوجب الحد ثم قدر عليهم أقيمت فيهم حدود الله تعالى ولا تسقط باختلاف الدار، وبهذا قال مالك والشافعي وابن المنذر، وقال أبو حنيفة: إذا امتنعوا بدار لم يجب الحد على أحد منهم ولا على من عندهم من تاجر أو أسير لأنهم خارجون عن دار الإمام فأشبهوا من في دار الحرب.

ولنا عموم الآيات والأخبار ولأن كل موضع تجب فيه العبادات في أوقاتها تجب الحدود فيه عند وجود أسبابها كدار أهل العدل. ولأنه زان أو سارق لا شبهة في زناه وسرقته فوجب عليه الحد كالذي في دار العدل، وهكذا نقول

فيمن أتى حداً في دار الحرب ، فإنه يجب عليه لكن لا يقام إلا في دار الاسلام
على ما ذكرناه في موضعه .

(فصل) وإذا استعان أهل البغى بالكفار فلا يخلو من ثلاثة أصناف ،
أحدهم أهل الحرب فإذا استعانوا بهم أو آمنوهم أو عقدوا لهم ذمة لم يصح واحد
منها ، لأن الامان من شرط صحته إلزام كفهم عن المسلمين ، وهؤلاء يشترطون
عليهم قتال المسلمين فلا يصح ، ولأهل العدل قتالهم كمن لم يؤمنوه سواء ، وحكم
أسيرهم حكم أسير سائر أهل الحرب قبل الاستعانة بهم ، فأما أهل البغى فلا يجوز
لهم قتلهم لأنهم آمنوهم فلا يجوز لهم الغدر بهم .

الصنف الثاني : المستامنون فمضى استعانوا بهم فأعانوهم نقضوا عهدهم وصاروا
كأهل الحرب لأنهم تركوا الشرط ، وهو كفهم عن المسلمين ، فإن فعلوا ذلك
مكرهين لم ينتقض عهدهم لأن لهم عذراً ، وإن ادعوا إلا كراه لم يقبل قولهم إلا
بينة لأن الأصل عدمه .

الصنف الثالث . أهل الذمة فإذا أعانوهم وقاتلوا معهم فقيهم وجهان ذكرهما
أبو بكر . أحدهما : ينتقض عهدهم لأنهم قاتلوا أهل الحق فينتقض عهدهم كما لو
انفردوا بقتالهم ، والثاني لا ينتقض لأن أهل الذمة لا يعرفون الحق من المبطل
فيكون ذلك شبهة لهم ، وللشافعي قولان كالوجهين .

فإن قلنا ينتقض عهدهم صاروا كأهل الحرب فيما ذكرنا . وإن قلنا لا ينتقض
عهدهم لحكمهم حكم أهل البغى في قتل مقبلهم والكف عن أسيرهم ومدبرهم
وجريهم إلا أنهم يضمنون ما أتلفوا على أهل العدل حال القتال وغيره بخلاف
أهل البغى فانهم لا يضمنون ما أتلفوا حال الحرب ، لأنهم أتلفوه بتأويل سائع
وهؤلاء لا تأويل لهم ، ولأنه سقط الضمان عن المسلمين كيلا يؤدي إلى تنفيرهم
عن الرجوع إلى الطاعة وأهل الذمة لا حاجة بنا إلى ذلك فيهم ، ، وإن أكرههم
البغاة على معاونتهم لم ينتقض عهدهم ، وإن ادعوا ذلك قبل قولهم لأنهم تحت
أيديهم وقدرتهم .

وإن قالوا ظننا أن من استعان بنا من المسلمين لزمنا معاونته لم ينتقض عهدهم
وإن فعل ذلك المستامنون انتقض عهدهم ، والفرق بينهما أن أهل الذمة أقوى

حكماً لان عهدهم مؤبد ولا يجوز نقضه لخوف الخيانة منهم : ويلزم الامام الدفع عنهم والمستامنون بخلاف ذلك .

(فصل) واذا ارتد قوم فأتلفوا مالا للمسلمين لزمتهم ضمان ما أتلفوه سواء تحيزوا او صاروا في منعة او لم يصيروا ، ذكره ابو بكر . قال القاضي : وهو ظاهر كلام احمد . وقال الشافعي : حكمهم حكم اهل البغي فيما أتلفوه من الانفس والاموال لان تضمينهم يؤدي الى تنفيرهم عن الرجوع الى الاسلام فأشبهوا اهل البغي . ولنا ما روى عن ابي بكر رضى الله عنه انه قال لاهل الردة حين رجعوا تردون علينا ما اخذتم منا ولا نرد عليكم ما اخذنا منكم وان تدوا قتلاتنا ولا ندى قتلاككم ، قالوا نعم يا خليفة رسول الله ، فقال عمر . كل ما قلت كما قلت الا ان يدوا ما قتل منا فلا : لانهم قوم قتلوا في سبيل الله واستشهدوا ، ولانهم أتلفوه بغير تأويل فأشبهوا اهل الذمة . فاما القتل لحكمهم فيهم حكم اهل البغي لما ذكرنا من خبر ابي بكر وعمر ، ولان طليحة الاسدي قتل عكاشة بن محصن الاسدي وثابت بن ائرم فلم يغرهما ، وبنو حنيفة قتلوا من قتلوا من المسلمين يوم اليمامة فلم يغرموا شيئاً .

ويحتمل ان يحمل قول احمد وكلامه في المال على وجوب رد ما في ايديهم دون ما أتلفوه ، وعلى من أتلف من غير ان يكون له منعة او أتلف في غير الحرب ، وما أتلفوه حال الحرب فلا ضمان عليهم فيه لانه اذا سقط ذلك عن اهل البغي كيلاً يؤدي الى تنفيرهم عن الرجوع الى الطاعة فلأن يسقط ذلك كيلاً يؤدي الى التنفير عن الاسلام اولى ، ولانهم اذا امتنعوا صاروا كفاراً ممتنعين بدارهم فأشبهوا اهل الحرب ، ويحمل قول ابي بكر على ما بقي في ايديهم من المال فيكون مذهب احمد ومذهب الشافعي في هذا سواء ، وهذا اعدل واصح ان شاء الله تعالى فأما من لا منعة له فيضمن ما أتلف من نفس ومال كالواحد من المسلمين او اهل الذمة لانه لا منعة له ولا يكثر ذلك منه فبقي المال والنفس بالنسبة اليه على عصمته ووجوب ضمانه والله اعلم .

كتاب المرتد

المرتد هو الراجع عن دين الاسلام الى الكفر ، قال الله تعالى (ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون) وقال النبي (ص) « من بدل دينه فاقتلوه » وأجمع أهل العلم على وجوب قتل المرتد ، وروى ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي ومعاذ وأبي موسى وابن عباس وخالد وغيرهم ولم ينكر ذلك فكان إجماعاً .

« مسألة ، قال (ومن ارتد عن الإسلام من الرجال والنساء وكان بالغاً عاقلاً دعى إليه ثلاثة أيام وضيق عليه ، فإن رجع والا قتل) »

في هذه المسألة فصول خمسة . أحدها : أنه لا فرق بين الرجال والنساء في وجوب القتل ، روى ذلك عن أبي بكر وعلي رضي الله عنهما ، وبه قال الحسن والزهرى والنخعي ومكحول وحماد ومالك والليث والأوزاعي والشافعي وإسحاق وروى عن علي والحسن وقتادة أنها تسترق لا تقتل ، ولأن أبا بكر استرق نساء بني حنيفة وذراريهم ، وأعطى علياً منهم امرأة فولدت له محمد بن الحنفية ، وكان هذا بحضور من الصحابة فلم ينكر فكان إجماعاً .

وقال أبو حنيفة : تجبر على الإسلام بالحبس والضرب ولا تقتل ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا تقتلوا امرأة » ولأنها لا تقتل بالكفر الأصلي فلا تقتل بالطاريء كالصبي .

ولنا قوله عليه السلام « من بدل دينه فاقتلوه » رواه البخاري وأبو داود وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزاني ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » متفق عليه ، وروى الدارقطني أن امرأة يقال لها أم مروان ارتدت عن الإسلام فبلغ أمرها إلى النبي (ص) فأمر أن تستتاب فإن تابت والا فتلت ولأنها شخص مكاف بدل دين الحق بالباطل فيقتل كالرجل ، وأما منى النبي صلى الله عليه وسلم عن قتل المرأة فالمراد

به الأصلية فإنه قال ذلك حين رأى امرأة مقتولة وكانت كافرة أصلية، ولذلك نبى
الذين بعثهم إلى ابن أبي الحقيق عن قتل النساء ولم يكن فيهم مرتد، ويخالف الكفر
الأصل الطارىء بدليل أن الرجل يقر عليه، ولا يقتل أهل الصوامع والشيوخ
والمكافيف ولا تجبر المرأة على تركه بضرب ولا حبس، والكفر الطارىء بخلافه
والصبي غير مكلف بخلاف المرأة

وأما بنو حنيفة فلم يثبت أن من استرق منهم تقدم له إسلام ولم يكن بنو حنيفة
أسلموا كلهم وإنما أسلم بعضهم، والظاهر أن الذين أسلموا كانوا رجالاً فمنهم من ثبت
على إسلامه، منهم ثمانية بن أثال ومنهم من ارتد. منهم الدجال الحنفي

الفصل الثاني : أن الردة لا تصح إلا من عاقل، فأما من لا عقل له كالأطفال الذي
لا عقل له والمجنون ومن زال عقله باغواء أو نوم أو مرض أو شرب دواء يباح
شربه فلا تصح ردة ولا حكم لكلامه بغير خلاف

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المجنون إذا ارتد
في حال جنونه أنه مسلم على ما كان عليه قبل ذلك، ولو قتله قاتل عمداً كان عليه
القتل إذا طلب أولياؤه، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : رفع القلم عن ثلاث :
عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق، أخرجه
أبو داود والترمذي وقال حديث حسن لأنه غير مكلف فلم يؤخذ بكلامه كما لو لم
يؤخذ به في إقراره ولا طلاقه ولا اعتاقه، وأما السكران والصبي العاقل فذكر
حكمها فيما بعد إن شاء الله

الفصل الثالث : أنه لا يقتل حتى يستتاب ثلاثاً، هذا قول أكثر أهل العلم
منهم عمر وعلي وعطاء والنخعي ومالك والثوري والأوزاعي وإسحاق وأصحاب
الرأي وهو أحد قول الشافعي، وروى عن أحمد رواية أخرى أنه لا تجب استتابته
لكن تستحب، وهذا القول الثاني للشافعي وهو قول عبيد بن عمير وطاوس،
ويروى ذلك الحسن لقول النبي صلى الله عليه وسلم : من بدل دينه فاقتلوه، ولم
يذكر استتابته .

وروى أن معاذاً قدم على أبي موسى فوجد عنده رجلاً موثقاً فقال ما هذا ؟
قال رجل كان يهودياً فأسلم ثم راجع دينه دين السوء فتهود، قال لا أجلس حتى

يقتل ، قضاء الله ورسوله ، قال اجلس قال لا اجلس حتى يقتل قضاء الله ورسوله ثلاث مرات ، فأمر به فقتل متفق عليه ، ولم يذكر استنابته ولأنه يقتل لكفره فلم تجب استنابته كالأصلي ، ولأنه لو قتل قبل الاستنابة لم يضمن ولو حرم قتله قبله ضمن . وقال عطاء: إن كان مسلماً أصلياً لم يستتب ، وإن كان أسلم ثم ارتد استتيب ولنا حديث أم مروان أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أن يستتاب ، وروى مالك في الموطأ عن عبد الرحمن بن محمد بن عبد الله بن عبد القاري عن أبيه أنه قدم على عمر رجل من قبل أبي موسى فقال له عمر هل كان من معربة خبر ؟ قال نعم رجل كفر بعد إسلامه ، فقال ما فعلتم به ؟ قال قربناه فضربنا عنقه ، فقال عمر فهلا حبستموه ثلاثاً فاطعمتموه كل يوم رغيفاً واستبتموه لعله يتوب أو يراجع أمر الله ؟ اللهم إني لم أحضر ولم أمر ولم أَرْضَ إذ بلغني ، ولو لم تجب استنابته لما برىء من فعلهم ، ولأنه أمكن استصلاحه فلم يجز إتلافه قبل استصلاحه كالثوب النجس وأما الأمر بقتله فالمراد به بعد الاستنابة بدليل ما ذكرنا ، وأما حديث معاذ فإنه قد جاء فيه : وكان قد استتيب

ويروى : أن أبا موسى استنابه شهرين قبل قدوم معاذ عليه ، وفي رواية فدعاه عشرين ليلة أو قريباً من ذلك ، فجاء معاذ فدعاه وأبى فضرب عنقه ، رواه أبو داود ولا يلزم من تحريم القتل وجوب الضمان ، بدليل نساء أهل الحرب وصبيانهم وشيوخهم ، إذا ثبت وجوب الاستنابة فمدتها ثلاثة أيام ، روى ذلك عن عمر رضي الله عنه وبه قال مالك وإسحاق وأصحاب الرأي ، وهو أحد قولي الشافعي

وقال في الآخر : إن تاب في الحال والاقتل مكانه ، وهذا أصح قوليه ، وهو قول ابن المنذر لحديث أم مروان ومعاذ ولأنه مصر على كفره أشبه بعد الثلاث ، وقال الزهري يدعى ثلاث مرات فإن أبى ضربت عنقه ، وهذا يشبه قول الشافعي وقال النخعي يستتاب أبداً ، وهذا يفضي إلى أن لا يقتل أبداً وهو مخالف للسنة والإجماع ، وعن علي أنه استتاب رجلاً شهراً .

ولنا حديث عمر ولأن الردة إنما تكون لشبهة ولا تزول في الحال فوجب أن ينتظر مدة يرتى فيها وأولى ذلك ثلاثة أيام للأثر فيها وإنها مدة قريبة وينبغي

أن يضيق عليه في مدة الاستتابة ويحبس لقول عمر هلا حبستموه وأطعمتموه كل يوم رغيفا؟ ويكرر دعايته لعله يتعطف قلبه فيراجع دينه .

الفصل الرابع : أنه إن لم ينت قتل لما قدمنا ذكره وهو قول عامة الفقهاء ويقتل بالسيف لأنه آلة القتل ولا يحرق بالنار ، وقد روى عن أبي بكر الصديق (رض) أنه أمر بتحريق المرتدين وفعل ذلك بهم خالد ، والأول أولى لقول النبي صلى الله عليه وسلم : من بدل دينه فاقتلوه ولا تعذبوا بعذاب الله ، يعني النار أخرجه البخاري وأبو داود ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : إن الله كتب الاحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة .

الفصل الخامس : أن مفهوم كلام الخرق أنه إذا تاب قبلت توبته ولم يقتل أي كفر كان وسواء كان زنديقا يستسر بالكفر أو لم يكن ، وهذا مذهب الشافعي والعمري ويروى ذلك عن علي وابن مسعود وهو إحدى الروايتين عن أحمد واختيار أبي بكر الخلال وقال إنه أولى على مذهب أبي عبد الله .

والرواية الأخرى : لا تقبل توبة الزنديق ومن تكررت ردة ، وهو قول مالك والليث وإسحاق ، وعن أبي حنيفة روايتان كهاتين وأخبار أبو بكر أنه لا تقبل توبة الزنديق لقول الله تعالى (إلا الذين تابوا وأصلحوا وينبوا) والزنديق لا تظهر منه علامة تبين رجوعه وتوبته لأنه كان مظهراً للاسلام مسراً للكفر فإذا وقف على ذلك فأظهر التوبة لم يزد على ما كان منه قبلها وهو اظهار الاسلام وأما من تكررت ردة فقد قال الله تعالى (ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفراً لم يكن الله ليغفر لهم ولا ليهديهم سبيلاً) .

وروى الأثرم بإسناده عن ظبيان بن عمارة أن رجلاً من بني سعد مر على مسجد بني حنيفة فإذا هم يقرءون برجز مسيلة فرجع الى ابن مسعود فذكر ذلك له فبعث اليهم فأتى بهم فاستتابهم فتابوا فخلى سبيلهم الا رجلاً منهم يقال له ابن النواحة قال قد أتيت بك مرة فزعمت أنك قد تبت وأراك قد عدت فقتله . ووجه الرواية الأولى قول الله تعالى (قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف) .

وروى أن رجلاً سار رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ساره به حتى جهر

رسول الله صلى الله عليه وسلم فإذا هو يستأذنه في قتل رجل من المسلمين فقال رسول الله (ص) « أليس يشهد أن لا إله إلا الله ؟ » قال بلى ولا شهادة له ، قال « أليس يصلي ؟ » قال بلى ولا صلاة له ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أولئك الذين نهاني الله عن قتالهم » وقد قال الله تعالى (ان المنافقين في الدرك الاسفل من النار ولن تجد لهم نصيراً إلا الذين تابوا) .

وروى أن محش بن حمير كان في النفر الذين أنزل الله فيهم (واثن سالتهم ليقولوا إنما كنا نخوض ونلعب) فأتى النبي صلى الله عليه وسلم وتاب الى الله تعالى فقبل الله توبته وهو الطائفة التي عنى الله تعالى بقوله (ان نعف عن طائفة منكم فمذب طائفة) فهو الذي عفا الله عنه وسأل الله تعالى أن يقتل في سبيله ولا يعلم بمكانه فقتل يوم البصرة ولم يعلم موضعه ولأن النبي صلى الله عليه وسلم كف عن المنافقين بما أظهروا من الشهادة مع إخبار الله تعالى له بباطنهم بقوله تعالى (ويخلفون بالله انهم لمنكم وما هم منكم ولاكنهم قوم يفرقون) وغيرها من الآيات .

وحديث ابن مسعود حجة في قبول توبتهم مع إستسرارهم بكفرهم ، وأما قتله ابن النواحة فيحتمل أنه قتله لظهور كذبه في توبته لأنه أظهرها وتبين أنه ما زال عما كان عليه من كفره ، ويحتمل أنه قتله لقول النبي صلى الله عليه وسلم له حين جاء رسولاً لمسيلاً « لولا أن الرسل لا تقتل لقتلتك » فقتله تحقيقاً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد روى أنه قتله لذلك .

وفي الجملة فالخلاف بين الأئمة في قبول توبتهم في الظاهر من أحكام الدنيا من ترك قتالهم وثبوت أحكام الإسلام في حقهم ، وأما قبول الله تعالى لها في الباطن وغفرانه لمن تاب وأقبح ظاهراً أم باطناً فلا خلاف فيه فإن الله تعالى قال في المنافقين (إلا الذين تابوا وأصلحوا واعتصموا بالله وأخلصوا دينهم لله فأولئك مع المؤمنين وسوف يؤت الله المؤمنين أجراً عظيماً) :

(فصل) وقتل المرتد الى الامام حراً كان أو عبداً وهذا قول عامة أهل العلم إلا الشافعي في أحد الوجهين في العبد فإن لسيده قتله لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أقيموا الحدود على ما ملكت أيماكم » ولأن حفصة قتلت جارية سحرها ولأنه حق الله تعالى فذلك السيد اقامته على عبده كجسد الزاني .

ولنا أنه قتل لحق الله تعالى فكان الى الامام كرجم الزاني وكقتل الحر ، وأما قوله : وأقيموا الحدود ، فلا يتناول القتل للردة فإنه قتل لكفره لا حداً في حقه وأما خبر حفصة فان عثمان تغيط عليها وشق ذلك عليه .

وأما الجلد في الزنا فانه تأديب وللسيد تأديب عبده بخلاف القتل فان قتله غير الامام أساء ولا ضمان عليه لانه محل غير معصوم وسواء قتله قبل الاستنابة أو بعدها لذلك وعلى من فعل ذلك التعزير لاساءته وافتياته .

مسألة ، قال (وكان ماله فينا بعد قضاء دينه)

وجملته أن المرتد اذا قتل أو مات على ردة فانه يبدأ بقضاء دينه وارث جنايته ونفقة زوجته وقريبه لان هذه الحقوق لا يجوز تعطيلها وأولى ما يوجد من ماله وما بقي من ماله فهو فيء يجعل في بيت المال .

وعن أحمد رواية أخرى تدل على انه لورثته من المسلمين وعنه انه لقرايته من اهل الدين الذي انتقل اليه . وقد مضت هذه المسألة مستوفاة في الفرائض بما اغنى عن ذكرها ههنا .

(فصل) ولا يحكم بزوال ملك المرتد بمجرد ردة في قول اكثر اهل العلم ، قال ابن المنذر : اجمع على هذا كل من نحفظ عنه من اهل العلم ، فعلى هذا ان قتل او مات زال ملكه بموته وان راجع الاسلام فملكه باق له .

وقال ابو بكر : يزول ملكه برده ، وان راجع الاسلام عاد اليه تملكاً مستأنفاً لان عصمة نفسه وماله انما تثبت باسلامه فزوال اسلامه يزول عصمتها كما لو لحق بدار الحرب ولان المسلمين ملكوا اراقة دمه برده فوجب ان يملكوا ماله بها : وقال اصحاب ابي حنيفة : ماله موقوف ان اسلم تبينا بقاء ملكه وان مات او قتل على ردة تبينا زواله من حين ردة ، قال الشريف ابو جعفر : هذا ظاهر كلام احمد ، وعن الشافعي ثلاثة اقوال كهذه الثلاثة .

ولنا انه سبب يبيع دمه فلم يزل ملكه كزنا المحسن والقتل لمن يكافئه عمدا وزوال العصمة لا يلزم منه زوال الملك بدليل الزاني المحسن والقاتل في المحاربة

وأهل الحرب فإن ملكهم ثابت مع عصمتهم ولو لحق المرتد بدار الحرب لم يزل ملكه لكن يباح قتله لكل واحد من غير استئابة وأخذ ماله لمن قدر عليه لأنه صار حربياً حكمه حكم أهل الحرب، وكذلك لو ارتد جماعة وامتنعوا في دارهم عن طاعة إمام المسلمين زالت عصمتهم في أنفسهم وأموالهم . لأن الكفار الأصليين لا عصمة لهم في دارهم فالمرتد أولى .

فصل

ويؤخذ مال المرتد فيجعل عند ثقة من المسلمين وإن كان له إمام جعلن عند امرأة ثقة لأن محرمات عليه فلا يمكن منهن . وذكر القاضي أنه يؤجر عقاره وعبيده وإمامه والأولى أن لا يفعل لأن مدة انتظاره قريبة ليس في انتظاره فيها ضرر فلا يفوت عليه منافع ملكه فيها لا يرضاه من أجلم فإنه ربما راجع الإسلام فيمتنع عليه التصرف في ماله بإجارة الحاكم له وإن لحق بدار الحرب أو تعذر قتله مدة طويلة فعل الحاكم ما يرى الحظ فيه من بيع الحيوان الذي يحتاج إلى النفقة وغيره وإجارة ما يرى إبقائه، والمكاتب يؤدي إلى الحاكم فإذا أدى عتق لأنه نائب عنه .

(فصل) وتصرفات المرتد في رده بالبيع والهبة والعتق والتدبير والوصية ونحو ذلك موقوف إن أسلم تبين أن تصرفه كان صحيحاً، وإن قتل أو مات على رده كان باطلاً، وهو قول أبي حنيفة، وعلى قول أبي بكر : تصرفه باطل لأن ملكه قد زال برده وهذا أحد أقوال الشافعي .

وقال في الآخر : إن تصرف قبل الحجر عليه انبنى على الأقوال الثلاثة، وإن تصرف بعد الحجر عليه لم يصح تصرفه كالسفيه .

ولنا : أن ملكه تعلق به حق غيره مع بقاء ملكه فيه فكان تصرفه موقوفاً كتبرع المريض .

(فصل) وإن تزوج لم يصح تزوجه ، لأنه لا يقر على السكاح وما منع الإقرار على النكاح مع انعقاده كسكاح الكافر المسلمة ، وإن زوج لم يصح تزويجه لأن ولايته على موليته قد زالت برده ، وإن زوج أمته لم يصح ، لأن النكاح لا يكون موقوفاً ، ولأن النكاح وإن كان في الأمه فلا بد في عقده من ولاية صحيحة بدليل

أن المرأة لا يجوز أن تزوج أمتها ، وكذلك الفاسق والمرتد لا ولاية له فإنه أدنى حالا من الفاسق الكافر .

(فصل) وإن وجد من المرتد سبب يقتضي الملك كالصيد والاحتشاش والانتهاج والشراء وإيجار نفسه اجارة خاصة أو مشتركة ثبت الملك له لأنه أهل الملك وكذلك تثبت أملاكه ، ومن قال : ان ملكه يزول لم يثبت له ملكا لأنه ليس بأهل للملك ، ولهذا زالت أملاكه الثابتة له ، فإن راجع الاسلام احتمل أن لا يثبت له شيء أيضا ، لأن السبب لم يثبت حكمه ، واحتمل أن يثبت الملك له حيثئذ لأن السبب موجود وإنما امتنع ثبوت حكمه لعدم أهليته فإذا وجدت تحقق الشرط فيثبت الملك حيثئذ كما تعود اليه أملاكه التي زالت عنه عند عدم أهليته . فعلى هذا ان مات أو قتل ثبت الملك لمن ينتقل اليه ملكه لأن هذا في معناه .

فصل

وإن لحق المرتد بدار الحرب فالحكم فيه كالحكم فيمن هو في دار الاسلام إلا ان ما كان معه من ماله يصير مباحا لمن قدر عليه كما أبيح دمه ، وأما أملاكه وماله الذي في دار الاسلام فملكه ثابت فيه ويتصرف فيه الحاكم بما يرى المصلحة فيه ، وقال أبو حنيفة : يورث ماله كما لو مات لأنه قد صار في حكم الموتى بدليل حل دمه وماله الذي معه لكل من قدر عليه .

ولنا انه حتى فلم يورث كالحربي الأصلي ، وحل دمه لا يوجب توريث ماله بدليل الحربي الأصلي ، وإنما حل ماله الذي معه لأنه زال العاصم له فأشبه مال الحربي الذي في دار الحرب ، وأما الذي في دار الاسلام فهو باق على العصمة كمال الحربي الذي مع مضاربه في دار الاسلام أو عند مودعه .

مسألة ، قال (ومن ترك الصلاة دعى اليها ثلاثة أيام فإن صلى والا قتل ،

جاحدا تركها أو غير جاحد)

قد سبق شرح هذه المسألة في باب مفرد لها ولا خلاف بين أهل العلم في كفر من تركها جاحدا لوجوبها إذا كان ممن لا يجمل مثله ذلك ، فإن كان ممن لا يعرف الوجوب كحديث الاسلام والناسي بغير دار الاسلام أو بادية بعيدة عن الامصار

وأهل العلم لم يحكم بكفره وعرف ذلك وتثبت له أدلة وجوبها ، فإن جحدتها بعد ذلك كفر ، وأما إذا كان الجاحد لها ناشئا في الأمصار بين أهل العلم فإنه يكفر بمجرد جحدتها ، وكذلك الحكم في مباني الاسلام كلها ، وهي الزكاة والصيام والحج لأنها مباني الاسلام ، وأدله وجوبها لا تكاد تخفى . إذ كان الكتاب والسنة مشحونين بأدلتها والإجماع منعقد عليها فلا يجحدونها إلا معاند للاسلام يتمتع من التزام الاحكام غير قابل لكتاب الله تعالى ولا سنة رسوله ولا إجماع أمته .

فصل

ومن اعتقد حل شيء أجمع على تحريمه وظهر حكمه بين المسلمين وزالت الشبهة فيه للنصوص الواردة فيه ، كالحرم الخنزير والزنا ، وأشباه هذا مما لا خلاف فيه كفر لما ذكرنا في تارك الصلاة . وإن استحل قتل المعصومين وأخذ أموالهم بغير شبهة ولا تأويل فكذلك ، وإن كان بتأويل كالخوارج فقد ذكرنا أن أكثر الفقهاء لم يحكموا بكفرهم مع استحلالهم دماء المسلمين وأموالهم وفعالهم لذلك متقربين به إلى الله تعالى ، وكذلك لم يحكم بكفر ابن ملجم مع قتله أفضل الخلق في زمنه متقربا بذلك ، ولا يكفر المادح له على هذا المعنى مثل فعله ، فإن عمران بن حطان قال فيه يمدحه لقتل على :

يا ضربة من تقي ما أراد بها إلا ليبلغ عند الله رضوانا
إني لأذكره يوماً فأحسبه أوفى البرية عند الله ميزانا

وقد عرف من مذهب الخوارج تكفير كثير من الصحابة ومن بعدهم واستحلال دمائهم وأموالهم واعتقادهم التقرب بقتلهم إلى ربهم ، ومع هذا لم يحكم الفقهاء بكفرهم لتأويلهم : وكذلك يخرج في كل محرم استحل بتأويل مثل هذا ، وقد روى أن قدامة بن مظعون شرب الخمر مستحلا لها ، فأقام عمر عليه الحد ولم يكفره ، وكذلك أبو جندل بن سهيل وجماعة معه شربوا الخمر بالشام مستحلين لها مستدلين بقول الله تعالى (ليس على الذين آمنوا و عملوا الصالحات جناح فيما طعموا) الآية ، فلم يكفروا وعرفوا تحريمها فتأبوا وأقيم عليهم الحد ، فيخرج فيمن كان مثله مثل حكمهم . وكذلك كل جاهل بشيء يمكن أن يجهله لا يحكم بكفره حتى يعرف ذلك وتزول عنه الشبهة ويستحله بعد ذلك .

وقد قال أحمد : من قال الخمر حلال فهو كافر يستتاب فإن تاب وإلا ضربت عنقه ، وهذا محمول على من لا يخفى على مثله تحريمه لما ذكرنا ، فأما أن أكل لحم خنزير أو ميتة أو شرب خمر لم يحكم برده بمجرد ذلك ، سواء فعله في دار الحرب أو دار الاسلام ، لأنه يجوز أن يكون فعله معتقداً تحريمه كما يفعل غير ذلك من المحرمات .

« مسألة ، قال و ذبيحة المرتد حرام وإن كانت ردة إلى دين أهل الكتاب (هذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي . وقال اسحاق : إن تدبى بدين أهل الكتاب حلت ذبيحته ، ويحكى ذلك عن الأوزاعي لأن علياً رضى الله عنه قال : من تولى قوماً فهو منهم .

ولنا أنه كافر لا يقر على دينه فلم تحل ذبيحته كالوثني ولأنه لا تثبت له أحكام أهل الكتاب إذا تدبى بدينهم فإنه لا يقر بالجزية ولا يسترى ولا يحل نكاح المرتدة ، وأما قول على فهو منهم ، فلم يرد به أنه منهم في جميع الأحكام ، بدليل ما ذكرنا ، ولأنه لم يكن يرى حل ذبائح نصارى بني تغلب ولا نكاح نسائهم مع توليتهم للنصارى ودخولهم في دينهم ومع إقرارهم بمصالحوا عليه ، فلأن لا يعتقد ذلك في المرتدين أولى .

إذا ثبت هذا فإنه إذا ذبح حيواناً لغيره بغير أذنه ضمنه بقيمته حياً لأنه ألقفه عليه وحرمه ، وإن ذبحه بإذنه لم يضمه لأنه أذن في إتلافه .

« مسألة ، قال (والصبي إذا كان له عشر سنين وعقل الاسلام فاسلم فهو مسلم ، وجماعته أن الصبي يصح إسلامه في الجملة ، وهذا قال أبو حنيفة وصاحباه وإسحاق وابن أبي شيبة وأبو أيوب ، وقال الشافعي وزفر : لا يصح إسلامه حتى يبلغ لقول النبي صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، حديث حسن ، ولأنه قول ثبت به الأحكام فلم يصح من الصبي كالهبة ولأنه أحد من رفع القلم عنه فلم يصح إسلامه كالمجنون والنائم ولأنه ليس بمكلف أشبه الطفل وأما عموم قوله عليه السلام « من قال لا اله الا الله دخل الجنة » وقوله « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم

وأمرهم الا بحقها وحسابهم على الله وقال عليه السلام « كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه حتى يعرب عنه لسانه أما شاكراً أو أما كفوراً ، وهذه الأخبار يدخل في عمومها الصبي ، ولأن الاسلام عبادة محضة فصحت من الصبي العاقل كالصلاة والحج ، ولأن الله تعالى دعا عباده الى دار السلام ، وجعل طريقها الاسلام ، وجعل من لم يجب دعوته في الجحيم والعذاب الآليم ، فلا يجوز منع الصبي من اجابة دعوة الله مع اجابته اليها وسلوكه طريقها ، ولا الزامه بعذاب الله والحكم عليه بالنار وسد طريق النجاة عليه مع هربه منها ، ولأن ما ذكرناه اجماع فإن علياً رضي الله عنه أسلم صبياً وقال :

سبقتكم الى الاسلام طراً صبياً ما بلغت أوان حلم

ولهذا قيل : أول من أسلم من الرجال أبو بكر ومن الصبيان علي ومن النساء خديجة ومن العبيد بلال ، وقال عروة : أسلم علي والزبير وهما ابنا ثمان سنين ، وباع النبي صلى الله عليه وسلم ابن الزبير لسبع أو ثمان سنين ، ولم يرد النبي (ص) على أحد اسلامه من صغير أو كبير

فأما قول النبي صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاث ، فلا حجة لهم فيه ، فإن هذا يقتضي ان لا يكتب عليه ذلك والاسلام يكتب له لا عليه ويسعد به في الدنيا والآخرة فهو كالصلاة تصح منه وتكتب له وان لم تجب عليه ، وكذلك غيرها من العبادات المحضة

فإن قيل فإن الاسلام يوجب الزكاة عليه في ماله ونفقة قريبه المسلم ويحرمه ميراث قريبه الكافر ويفسخ نكاحه ، قلنا : أما الزكاة فإنها نفع لأنها سبب الزيادة والنماء وتحسين المال والشراب ، وأما الميراث والنفقة فأمر متوهم وهو مجبور بميراثه من أقاربه المسلمين وسقوط نفقة أقاربه الكفار ، ثم ان هذا الضرر مغمور في جنب ما يحصل له من سعادة الدنيا والآخرة وخلاصه من شقاء الدارين والخلود في الجحيم فينزل منزلة الضرر في أكل القوت المتضمن فوت ما يأكله وكلفة تحريك فيه لما كان بقاءه به لم يعد ضرراً ، والضرر في مسألتنا في جنب ما يحصل من النفع أدنى من ذلك بكثير

إذا ثبت هذا فإن الحرق اشتهر لصحة اسلامه شرطين

أحدهما أن يكون له عشر سنين ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بضربه على الصلاة لعشر .

والثاني أن يعقل الاسلام ، ومعناه أن يعلم أن الله تعالى ربه لا شريك له ، وأن محمداً عبده ورسوله . وهذا لا خلاف في اشتراطه ، فإن الطفل الذي لا يعقل لا يتحقق منه اعتقاد الاسلام ، وإنما كلامه لقلقة بلسانه لا يدل على شيء ، وأما اشتراطه العشر فإن أكثر المصححين لإسلامه لم يشترطوا ذلك ولم يحدوا له حداً من السنين ، وحكاها ابن المنذر عن أحمد ، لأن المقصود متى ما حصل لا حاجة الى زيادة عليه ، وروى عن أحمد : إذا كان ابن سبع سنين فأسلامه اسلام ، وذلك لأن النبي (ص) قال : مروهم بالصلاة لسبع ، فدل على أن ذلك حد لا مريم وصحة عباداتهم فيكون حداً لصحة اسلامهم .

وقال ابن أبي شيبة : إذا أسلم وهو ابن خمس سنين جعل اسلامه اسلاماً ولعله يقول ان علياً عليه السلام أسلم وهو ابن خمس سنين ، لأنه قد قيل انه مات وهو ابن ثمان وخمسين ، فعلى هذا يكون اسلامه وهو ابن خمس ، لأن مدة النبي (ص) منذ بعث الى أن مات ثلاث وعشرون سنة ، وعاش على بعد ذلك ثلاثين سنة ، فذلك ثلاث وخمسون ، فإذا ضمت اليها خمسا كانت ثمانية وخمسون .

وقال أبو أيوب . أجزز اسلام ابن ثلاث سنين . من أصاب الحق من صغير أو كبير أجزناه ، وهذا لا يكاد يعقل الاسلام ولا يدري ما يقول ولا يثبت لقوله حكم فإذا وجد ذلك منه ودلت أحواله وأقواله على معرفة الاسلام وعقله آياه صح منه كغيره والله أعلم .

• مسألة ، قال (فإن رجع وقال : لم أدر ما قلت لم يلتفت الى قوله وأجزر على الاسلام)

وجملته أن الصبي إذا أسلم وحكنا بصحة اسلامه لم نرفتنا بعقله بأدائه فرجع وقال لم أدر ما قلت لم يقبل قوله ولم يبطل اسلامه الاول ، وروى عن أحمد أنه يقبل منه ولا يجبر على الاسلام : قال أبو بكر : هذا قول محتمل لأن الصبي في مظنة النص فيجوز أن يكون صادقاً ، قال والعمل على الاول لأنه قد ثبت عقله للاسلام

ومعرفة به بأفعاله أفعال العقلاء وتصرفاته تصرفاتهم وتكلمه بكلامهم، وهذا يحصل به معرفة عقله ولهذا اعتبرنا رشفه بعد بلوغه بأفعاله وتصرفاته، وعرفنا جنون المجنون وعقل العاقل بما يصدر عنه من أفعاله وأقواله وأحواله. فلا يزول ما عرفناه بمجرد دعواه. وهكذا كل من تلفظ بالاسلام أو أخبر عن نفسه به ثم أنكر معرفته بما قال لم يقبل إنكاره وكان مرتدا، نص عليه أحمد في مواضع إذا ثبت هذا فإنه إذا ارتد صحت ردة، وبهذا قال أبو حنيفة. وهو الظاهر من مذهب مالك، وعند الشافعي لا يصح إسلامه ولا ردة. وقد روى عن أحمد أنه يصح إسلامه ولا تصح ردة لقوله عليه السلام: رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يبلغ، وهذا يقتضي أن لا يكتب عليه ذنب ولا شيء، ولو صحت ردة لكتبت عليه

وأما الإسلام فلا يكتب عليه إنما يكتب له. ولأن الردة أمر يوجب القتل فلم يثبت حكمه في حق الصبي كالزنا، ولأن الإسلام إنما صح منه لأنه تمحض بمصلحة فأشبه الوصية والتدبير والردة تمحضت بمضرة ومفسدة فلم تلزم صحتها منه. فعلى هذا حكمه حكم من لم يرتد فإذا بلغ فإن أصر على الكفر كان مرتدا حينئذ

«مسألة» قال (ولا يقتل حتى يبلغ ويجاوز بعد بلوغه ثلاثة أيام. فإن ثبت على كفره قتل)

وجملته أن الصبي لا يقتل سواء قلنا بصحة ردة أو لم نقل، لأن الغلام لا يجب عليه عقوبة بدليل أنه لا يتعلق به حكم الزنا والسرقة في سائر الحدود ولا يقتل قصاصا. فإذا بلغ فثبت على ردة ثبت حكم الردة حينئذ فيستتاب ثلاثا، فإن تاب والاقتل، سواء قلنا إنه كان مرتدا قبل بلوغه أو لم نقل. وسواء كان مسلما أصليا فارتد أو كان كافرا فأسلم صديقا ثم ارتد

«مسألة» قال (وإذا ارتد الزوجان ولحقا بدار الحرب لم يجر عليهما ولا على أحد من أولادهما من كانوا قبل الردة رق)

وجملته أن الرق لا يجرى على المرتد سواء كان رجلا أو امرأة، وسواء لحق بدار الحرب أو أقام بدار الإسلام وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا لحقت

المرتدة بدار الحرب جاز استرقاقها لأن أبا بكر سي بن حنيفة واسترق نساءهم وأم محمد بن الحنفية من سيهم .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : من بدل دينه فاقتلوه ، ولأنه لا يجوز إقراره على كفره فلم يجز استرقاقه كالرجل ولم يثبت أن الذين سباهم أبو بكر كانوا أسلموا . ولا ثبت لهم حكم الردة .

فإن قيل . فقد روى عن علي أن المرتدة تسي ، قلنا : هذا الحديث ضعيف ضعفه أحمد . فاما أولاد المرتدين فإن كانوا ولدوا قبل الردة فإنهم محكومون بإسلامهم تبعاً لأبائهم ولا يتبعونهم في الردة لأن الإسلام يعلو وقد تبعوهم فيه فلا يتبعونهم في الكفر فلا يجوز استرقاقهم صغاراً لأنهم مسلمون . ولا كباراً لأنهم ان ثبتوا على إسلامهم بعد كفرهم فهم مسلمون وإن كفروا فهم مرتدون حكمهم حكم آبائهم في الاستنابة وتحريم الاسترقاق .

وأما من حدث بعد الردة فهو محكوم بكفره لأنه ولد بين أبوين كافرين ويجوز استرقاقه . لأنه ليس بمرتد ، نص عليه أحمد : وهو ظاهر كلام الحرقي وأبي بكر . ويحتمل أن لا يجوز استرقاقهم لأن آبائهم لا يجوز استرقاقهم ولأنهم لا يقرون بالجزية فلا يقرون بالاسترقاق ، وهذا مذهب الشافعي .

وقال أبو حنيفة : إن ولدوا في دار الإسلام لم يجز استرقاقهم ، وإن ولدوا في دار الحرب جاز استرقاقهم .

ولنا أنهم لم يثبت لهم حكم الإسلام فجاز استرقاقهم كولد الحريين بخلاف آبائهم فعلى هذا إذا وقع في الأسر بعد لحوقه بدار الحرب ، لحكمه حكم سائر أهل دار الحرب وإن كان في دار الإسلام لم يقر بالجزية . وكذلك لو بذل الجزية بعد لحوقه بدار الحرب لم يقر بها لأنه انتقل إلى الكفر بعد نزول القرآن . فاما من كان حراً حين رده فظاهر كلام الحرقي أنه كالحادث بعد كفره وعند الشافعي هو كالمولود لأنه موجود ولهذا يرث .

ولنا أن أكثر الأحكام إنما تتعلق به بعد الوضع فكذلك هذا الحكم .
مسألة ، قال (ومن امتنع منهما أو من أولادهما الذين وصفت من الإسلام بعد البلوغ استتيب ثلاثاً فإن لم يتب قتل)

قوله : الذين وصفت يعنى الذين ولدوا قبل الردة فإنهم محكوم بإسلامهم فلا يسترقون ومتى قدر على الزوجين أو على أولادهما استتيب منهم من كان بالغاً عاقلاً فإن لم يتب قتل ومن كان غير بالغ انتظرنا بلوغه ثم استتبناه ، فإن لم يتب قتل وينبغي أن يحبس حتى لا يهرب .

(فصل)

ومتى ارتد أهل بلد وجرت فيه أحكامهم صاروا دار حرب فى اغتنام أموالهم وسبى ذرارهم الحادثين بعد الردة وعلى الامام قتالهم فإن أبابكر الصديق (رض) قاتل أهل الردة بجماعة الصحابة ولأن الله تعالى قد أمر بقتال الكفار فى مواضع من كتابه وهؤلاء أحقهم بالقتال لأن تركهم ربما أغرى أمثالهم بالتشبه بهم والارتداد معهم فيكثر الضرر بهم وإذا قاتلهم قتل من قدر عليه ويتبع مدبرهم ويجاز على جريحهم وتغنم أموالهم وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا تصير دار حرب حتى تجمع فيها ثلاثة أشياء . أن تكون متاخمة لدار الحرب لا شىء بينهما من دار الاسلام الثانى : أن لا يبق فيها مسلم ولا ذمى آمن . الثالث أن تجرى فيها أحكامهم

ولنا أنها دار كفر فيها أحكامهم فكانت دار حرب كما لو اجتمع فيها هذه الحصاى أو دار الكفرة الأصلية .

(فصل) وإن قتل المرتد من يكافئه عمدا فعليه القصاص ، نص عليه أحمد والولى بخير بين قتله والعفو عنه فإن اختار القصاص قدم على قتل الردة سواء تقدمت الردة أو تأخرت لأنه حق آدمى ، وإن عفا على مال وجبت الدية فى ماله وإن كان القتل خطأ وجبت الدية فى ماله لأنه لا عاقلة له .

قال القاضى : وتؤخذ منه الدية فى ثلاث سنين لأنها دية الخطأ فإن قتل أو مات أخذت من ماله فى الحال لأن الدين المؤجل يحل بالموت فى حق من لا وارث له ويحتمل أن تجب الدية عليه حالة لأنها إنما أجلت فى حق العاقلة تخفيفا عليهم لأنهم يحملون عن غيرهم على سبيل المراساة ، فأما الجانى فتجب عليه حالة لأنها بدل عن متلف فكانت حالة كسائر أبدال المتلفات

« مسألة ، قال (ومن أسلم من الأبوين كان أولاده الأصاغر تبعاً له)

وبهذا قال الشافعي . وقال أصحاب الرأي : إذا أسلم أبواه أو أحدهما وأدرك فابي الاسلام أجبر عليه ولم يقتل : وقال مالك : إن أسلم الأب تبعه أولاده وإن أسلمت الأم لم يتبعوها لأن ولد الحربيين يتبع أباه دون أمه بدليل المولين إذا كان لهما ولد كان ولاؤه لمولى أبيه دون مولى أمه ولو كان الأب عبداً أو الأم مولاة فاعتق العبد لجر ولاه ولده إلى مواليه ولأن الولد يشرف بشرف أبيه وينتسب إلى قبيلته دون قبيلة أمه فوجب أن يتبع أباه في دينه أي دين كان . قال الثوري : إذا بلغ خير بين دين أبيه ودين أمه فأيهما اختاره كان على دينه ولعله يحتاج بحديث العلامة الذي أسلم أبوه وأبت أمه أن تسلم نفيها النبي صلى الله عليه وسلم بين أبيه وأمّه .

ولنا أن الولد يتبع أبويه في الدين فإن اختلفا وجب أن يتبع المسلم منهما كولد المسلم من الكتانية ولأن الاسلام يعلو ولا يعلى ويترجح الاسلام بأشياء : منها : أنه دين الله الذي رضي له عباده وبعث به رسوله دعاء لحقاؤه إليه .

ومنها : أنه تحصل به السعادة في الدنيا والآخرة ويتخلص به في الدنيا من القتل والاسترقاق وأداء الجزية وفي الآخرة من سخط الله وعذابه ، ومنها : أن الدار دار الاسلام يحكم باسلام لقيطها ومن لا يعرف حاله فيها وإذا كان محكوماً باسلامه أجبر عليه إذا امتنع منه بالقتل كولد المسلمين ولأنه مسلم فإذا رجع عن اسلامه وجب قتله لقوله عليه السلام « من بدل دينه فاقتلوه » وبالقياص على غيره ولنا على مالك أن الأم أحد الأبوين فيتبعها ولدها في الاسلام كالاب بل الأم أولى به لأنها أخص به لأنه مخلوق منها حقيقة وتختص بحمله ورضاعه ويتبعها في الرق والحرية والتدبير والكتابة ولأن سائر الحيوانات يتبع الولد أمه دون أبيه وهذا يعارض ما ذكره ، وأما تخيير الغلام فهو في الحضنة لا في الدين .

« مسألة ، قال (وكذلك من مات من الأبوين على كفره قسم له الميراث

وكان مسلماً بموت من مات منهما)

يعني : إذا مات أحد أبوي الولد الكافرين صار الولد مسلماً بموته وقسم له

الميراث وأكثر القضاة على أنه لا يحكم بإسلامه بموتهما ولا موت أحدهما لأنه ثبت كفره تبعاً ولم يوجد منه إسلام ولا ممن هو تابع له فوجب إبقاؤه على ما كان عليه ولأنه لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من خلفائه أنه أجبر أحداً من أهل الذمة على الإسلام بموت أبيه مع أنه لم يخل زمنهم عن موت بعض أهل الذمة عن يثيم .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه ، متفق عليه لجعل كفره بفعل أبيه فإذا مات أحدهما انقطعت التبعية فوجب إبقاؤه على الفطرة التي ولد عليها ولأن المسألة مفروضة فيمن مات أبوه في دار الإسلام وقضية الدار الحكم بإسلام أهلها ولذلك حكمنا بإسلام لقيطها وإنما ثبت الكفر للطفل الذي له أبوان فإذا عدا أو أحدهما وجب إبقاؤه على حكم الدار لانقطاع تبعيته لمن يكفر بها . وإنما قسم له الميراث لأن إسلامه إنما ثبت بموت أبيه الذي استحق به الميراث فهو سبب لها فلم يتقدم الإسلام المانع من الميراث على استحقاقه . ولأن الحرية المعلقة بالموت لا توجب الميراث فيما إذا قال سيد العبد له إذا مات أبوك فأنت حر فمات أبوه فإنه يعتق ولا يرث فيجب أن يكون الإسلام المعلق بالموت لا يمنع الميراث وهذا فيما إذا كان في دار الإسلام لأنه متى انقطعت تبعيته لأبويه أو أحدهما ثبت له حكم الدار فأما دار الحرب فلا نحكم بإسلام ولد الكافرين فيها بموتهما ولا موت أحدهما لأن الدار لا يحكم بإسلام أهلها وكذلك لم نحكم بإسلام لقيطها .

مسألة قال (ومن شهد عليه بالردة فقال ما كفرت فإن شهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله لم يكشف عن شيء)

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

أحدهما : أنه إذا شهد عليه بالردة من ثبت الردة بشهادته فأنكر لم يقبل إنكاره واستتيب فإن تاب وإلا قتل ، وحكى عن بعض أصحاب أبي حنيفة أن إنكاره يكفي في الرجوع إلى الإسلام ولا يلزمه النطق بالشهادة لأنه لو أقر بالكفر ثم أنكره قبل منه ولم يكف الشهادتين كذا ههنا .

ولنا . ما روى الأثرم بإسناده عن علي رضي الله عنه أنه أتى برجل عربي قد تنصر فاستتابه فأبى أن يتوب فقتله وأتى برهط يصلون وهم زنادقة وقد قامت عليهم بذلك الشهود العدول فجحدوا وقالوا ليس لنا دين إلا إسلام فقتلهم ولم يستتبهم ثم قال أتدرون لم استتبت النصراني ؟ استتبته لأنه أظهر دينه .

فأما الزنادقة الذين قامت عليهم البينة فإذا قتلهم لأنهم جحدوا وقد قامت عليهم البينة ولأنه قد ثبت كفره فلم يحكم بإسلامه بدون الشهادتين كالكافر الأصلي ، ولأن إنكاره تكذيب للبينة فلم تسمع كسائر الدعاوى ، فأما إذا أقر بالكفر ثم أنكر فيحتمل أن نقول فيه كسالتنا وإن سلطنا فالفرق بينهما أن الحد وجب بقوله فقبل رجوعه عنه وما ثبت بالبينة لم يثبت بقوله فلا يقبل رجوعه عنه كالزنا لو ثبت بقوله فرجع كف عنه وإن ثبت ببينة لم يقبل رجوعه .

(فصل)

وتقبل الشهادة على الردة من عدلين في قول أكثر أهل العلم ، وبه يقول مالك والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ، قال ابن المنذر ولا نعلم أحداً خالفهم إلا الحسن قال لا يقبل في القتل إلا أربعة لأنهم شهادة بما يوجب القتل فلم يقبل فيها إلا أربعة قياساً على الزنا .

ولنا أنها شهادة في غير الزنا فقبلت من عدلين كالشهادة على السرقة . ولا يصح قياسه على الزنا فإنه لم يعتبر فيه الأربعة لعلة القتل بدليل اعتبار ذلك في زنا البكر ولا قتل فيه وإنما العلة كونه زنا ولم يوجد ذلك في الردة ثم الفرق بينهما أن القذف بالزنا يوجب ثمانين جلدة بخلاف القذف بالردة .

الفصل الثاني : أنه إذا ثبتت ردة بالبينة أو غيرها فشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله لم يكشف عن صحة ما شهد عليه به وخلي سبيله ولا يكاف الإقرار بما نسب إليه لقول النبي صلى الله عليه وسلم : أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله عز وجل ، متفق عليه ولأن هذا يثبت به إسلام الكافر الأصلي فكذلك إسلام المرتد ولا حاجة مع ثبوت إسلامه إلى الكشف عن صحة ردة، وكلام الحرق

محمول على من كفر بجحد الوجدانية أو جحد رسالة محمد صلى الله عليه وسلم أو جحدهما معاً .

فأما من كفر بغير هذا فلا يحصل إسلامه إلا بالإقرار بما جحده ، ومن أقر برسالة محمد صلى الله عليه وسلم وأنكر كونه مبعوثاً إلى العالمين لا يثبت إسلامه حتى يشهد أن محمداً رسول الله إلى الخلق أجمعين أو يتبرأ مع الشهادتين من كل دين يخالف الإسلام ، وإن زعم أن محمداً رسول مبعوث بعد غير هذا لزمه الإقرار بأن هذا المبعوث هو رسول الله ، لأنه إذا اقتصر على الشهادتين احتمل أنه أراد ما اعتقده ، وإن ارتد بجحد فرض لم يسلم حتى يقر بما جحده ويبعد الشهادتين لأنه كذب الله ورسوله بما اعتقده ، وكذلك أن جحد نبياً أو آية من كتاب الله تعالى أو كتاباً من كتبه أو ملكاً من ملائكته الذين ثبت أنهم ملائكة الله ، أو استباح محرماً فلا بد في إسلامه من الإقرار بما جحده .

وأما الكافر بجحد الدين من أصله إذا شهد أن محمداً رسول الله واقتصر على ذلك فقيه روايتان :

إحداهما : يحكم بإسلامه لأنه روى أن يهودياً قال : أشهد أن محمداً رسول الله ثم مات ، فقال النبي عليه السلام : صلوا على صاحبكم ، ولأنه لا يقر برسالة محمد صلى الله عليه وسلم إلا وهو مقر بمن أرسله وتوحيده لأنه صدق النبي (ص) فيما جاء به وقد جاء بتوحيده .

الثانية : أنه إن كان مقراً بالتوحيد كاليهود حكم بإسلامه ، لأن توحيد الله ثابت في حقه وقد ضم إليه الإقرار برسالة محمد صلى الله عليه وسلم فشكل إسلامه ، وإن كان غير موحد كالنصارى والمجوس والوثنيين لم يحكم بإسلامه حتى يشهد أن لا إله إلا الله ، وبهذا جاءت أكثر الأخبار وهو الصحيح ، لأن من جحد شيتين لا يزول جحدهما إلا بإقراره بهما جميعاً .

وإن قال أشهد أن النبي رسول الله لم نحكم بإسلامه لأنه يحتمل أن يريد غير نبينا ، وإن قال أنا مؤمن أو أنا مسلم فقال القاضي يحكم بإسلامه بهذا ، وإن لم يلفظ بالشهادتين لأنها اسمان لشيء معلوم معروف وهو الشهادتان ، فإذا أخبر عن نفسه بما تضمن الشهادتين كان مخبراً بهما .

وروى المقداد أنه قال يا رسول الله أرأيت إن لقيت رجلا من الكفار فقاتلني فضرب إحدى يدي بالسيف فقطعها ثم لاذ مني بشجرة فقال أسلمت أفاقتله يا رسول الله بعد أن قالها ؟ قال لا تقتله فإن قتلته فإنه بمنزلة من قبل أن تقتله وإنك بمنزلة من قبل أن يقول كلمته التي قالها ،

وعن عمران بن حصين قال . أصاب المسلمون رجلا من بني عقيل فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم به فقال : يا محمد اني مسلم . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لو كنت قلت وأنت تملك أمرك أفلحت كل الفلاح ، رواهما مسلم ، ويحتمل أن هذا في الكافر الأصلي أو من جحد الوجدانية ، أما من كفر بجحد نبي أو كتاب أو فريضة ونحوها فلا يصير مسلما بذلك لأنه ربما اعتقد أن الاسلام ما هو عليه فإن أهل البدع كلهم يعتقدون أنهم هم المسلمون ومنهم من هو كافر . (فصل) وإذا أتى الكافر بالشهادتين ثم قال لم أرد الاسلام فقد صار مرتدا ويحبر على الاسلام ، نص عليه أحمد في رواية جماعة ، ونقل عن أحمد أنه يقبل منه ولا يحبر على الاسلام لأنه يحتمل الصدق فلا يراق دمه بالهبة ، والاول أولى لأنه قد حكم باسلامه فيقتل إذا رجع كما لو طالت مدته .

(فصل) وإذا صلى الكافر حكم باسلامه سواء كان في دار الحرب أو دار الاسلام أو صلى جماعة أو فرادى : وقال الشافعي ان صلى في دار الحرب حكم باسلامه وان صلى في دار الاسلام لم يحكم باسلامه لأنه يحتمل أنه صلى رياء وتقية ولذا ان ما كان اسلاما في دار الحرب كان اسلاما في دار الاسلام كالشهادتين ولأن الصلاة ركن يختص به الاسلام فحكم باسلامه به كالشهادتين ، واحتمال التقية والرياء يبطل بالشهادتين وسواء كان أصليا أو مرتدا

وأما سائر الأركان من الزكاة والصيام والحج فلا يحكم باسلامه به ، فإن المشركين كانوا يحججون في عهد رسول الله (ص) حتى منعهم النبي (ص) فقال لا يحج بعد العام مشرك ، والزكاة صدقة وهم يتصدقون ، وقد فرض على نصارى بني تغلب من الزكاة مثل ما يؤخذ من المسلمين ولم يصيروا بذلك مسلمين وأما الصيام فلكل أهل دين صيام ، ولأن الصيام ليس بفعل إنما هو إمساك عن

أفعال مخصوصة في وقت مخصوص ، وقد يتفق هذا من الكافر كاتفاقه من المسلم ولا عبرة بنية الصيام لأنها أمر باطن لا علم لنا به ، بخلاف الصلاة فإنها أفعال تتميز عن أفعال الكفار ويختص بها أهل الاسلام ، ولا يثبت الاسلام حتى يأتي بصلاة يتميز بها عن صلاة الكفار من استقبال قبلتنا والركوع والسجود ولا يحصل بمجرد القيام لأنهم يقومون في صلاتهم ، ولا فرق بين الأصلي والمرتد في هذا لأن ما حصل به الاسلام في الأصلي حصل به في حق المرتد كالشهادتين ، فعلى هذا لو مات المرتد فأقام ورثته بينة أنه صلى بعد رده حكم لهم بالميراث إلا أن يثبت أنه ارتد بعد صلاته أو تكون رده بمجرد فريضة أو كتاب أو نبي أو ملك أو نحو ذلك من البدع التي ينتسب أهلها إلى الاسلام فإنه لا يحكم بإسلامه بصلاته لأنه يعتقد وجوب الصلاة ويفعلها مع كفره فأشبه فعله غيرها والله أعلم

(فصل)

وإذا أكره على الاسلام من لا يجوز إكراهه كالذمي والمستامن فاسلم لم يثبت له حكم الاسلام حتى يوجد منه ما يدل على إسلامه طوعاً ، مثل أن يثبت على الاسلام بعد زوال الإكراه عنه ، فإن مات قبل ذلك لحكمه حكم الكفار ، وإن رجع إلى دين الكفر لم يجز قتله ولا إكراهه على الاسلام ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وقال محمد بن الحسن . يصير مسلماً في الظاهر ، وإن رجع عنه قتل إذا امتنع عن الاسلام اعموم قوله عليه السلام : أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها ، ولأنه أتى بقول الحق فليزمه حكمه كالحربي إذا أكره عليه .

ولنا أنه أكره على ما لا يجوز إكراهه عليه فلم يثبت حكمه في حقه كالمسلم إذا أكره على الكفر ، والدليل على تحريم الإكراه قوله تعالى لا إكراه في الدين ، وأجمع أهل العلم على أن الذمي إذا أقام على ما عاهد عليه والمستامن لا يجوز نقض عهده ولا إكراهه على ما لم يلتزمه ، ولأنه أكره على ما لا يجوز إكراهه عليه فلم يثبت حكمه في حقه كالإقرار والعتق ، وفارق الحربي والمرتد فإنه يجوز قتلها وإكراهها على الاسلام بأن يقول ان أسلمت والا قتلناك ، فتى أسلم حكمه بإسلامه ظاهراً ، وإن مات قبل زوال الإكراه عنه لحكمه حكم المسلمين لأنه

أكره بحق لحكم بصحة ما يأتي به ، كما لو أكره المسلم على الصلاة فصل ، وأما في الباطن فيما بينهم وبين ربهم ، فإن من اعتقد الاسلام بقلبه وأسلم فيما بينه وبين الله تعالى فهو مسلم عند الله موعود بما وعد به من أسلم طائعا ، ومن لم يعتقد الاسلام بقلبه فهو باق على كفره لا حظ له في الاسلام ، سواء في هذا من يجوز اكراهه ومن لا يجوز اكراهه ، فإن الاسلام لا يحصل بدون اعتقاده من العاقل بدليل أن المنافقين كانوا يظهرون الاسلام ويقومون بقرائنه ولم يكونوا مسلمين

(فصل)

ومن أكره على الكفر فأتى بكلمة الكفر لم يصر كافرا ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي ، وقال محمد بن الحسن : هو كافر في الظاهر تبين منه امرأته ولا يرثه المسلمون ان مات ولا يغسل ولا يصلى عليه ، وهو مسلم فيما بينه وبين الله لأنه نطق بكلمة الكفر فأشبه المختار .

ولنا قول الله تعالى (الا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله)

وروى أن عماراً أخذ المشركون فضربوه حتى تكلم بما طلبوا منه ، ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم وهو يبكي فآخبره ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : ان عادوا فعد . وروى أن الكفار كانوا يعذبون المستضعفين من المؤمنين فما منهم أحد الا أجابهم الا بلال فانه كان يقول أحد أحد .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم : عني لآمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ، ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يثبت حكمه ، كما لو أكره على الاقرار وفارق ما اذا أكره بحق فانه خير بين أمرين يلزمه أحدهما ، فأيهما اختاره ثبت حكمه في حقه . فاذا ثبت أنه لم يكفر فمتى زال عنه الاكراه أمر باظهار اسلامه ، فان أظهره فهو باق على اسلامه ، وان أظهر الكفر حكم أنه كفر من حين نطق به لاننا تبينا بذلك أنه كان منشرح الصدر بالكفر من حين نطق به مختاراً له ، وان قامت عليه بينة أنه نطق بكلمة الكفر وكان محبوساً عند الكفار ومقيداً عندهم في حالة خوف لم يحكم برده . لأن ذلك ظاهر في الاكراه ، وان شهدت

انه كان آمنا حال نطقه به حكم بر دته ، فان ادعى ورثته رجوعه إلى الاسلام لم يقبل الا بيينة لان الاصل بقاؤه على ما هو عليه

وان شهدت البينة عليه بأكل لحم الخنزير لم يحكم بر دته لانه قد يأكله معتقداً تحريمه كما يشرب الخمر من يعتقد تحريمها

وان قال بعض ورثته أكله مستحلاً له او اقر بر دته حرم ميراثه لانه مقر بأنه لا يستحقه ويدفع إلى مدعى اسلامه قدر ميراثه لانه لا يدعى أكثر منه ويدفع الباقي إلى بيت المال لعدم من يستحقه ، فان كان في الورثة صغير او مجنون دفع إليه نصيبه ونصيب المقر بر دة الموروث لانه لم تثبت ر دته بالنسبة إليه

(فصل) ومن اكراه على كلمة الكفر فالأفضل له ان يصبر ولا يقولها ، وان أتى ذلك على نفسه لما روى خباب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ان كان الرجل ممن قبلكم ليحفر له في الأرض فيجعل فيها فيجاء بمنشار فيوضع على شق رأسه ويشق باثنين ما يمنعه ذلك عن دينه ويمشط بأمشاط الحديد ما دون عظمه من لحم ما يصرفه ذلك عن دينه ،

وجاء في تفسير قوله تعالى (قتل أصحاب الاخدود . النار ذات الوقود . إذ هم عليها قعود . وهم على ما يفعلون بالمؤمنين شهود) ان بعض ملوك الكفار اخذ قوماً من المؤمنين فخذ لهم اخدوداً في الأرض وأوقد فيه نارا ثم قال من لم يرجع عن دينه فالقوه في النار ، فجعلوا يلقونهم فيها حتى جاءت امرأة على كفها صبي لها فتعاست من أجل الصبي ، فقال الصبي يأمة اصبري فانك على الحق فذكرهم الله في كتابه . وروى الأثرم عن أبي عبد الله انه سئل عن الرجل يؤسر فيعرض على الكفر ويكره عليه أنه أن يرتد ؟ فكرهه كراهة شديدة وقال : ما يشبه هذا عندى الذين أنزلت فيهم الآية من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ، أولئك كانوا يرادون على الكلمة ثم يتركون يعملون ما شاءوا وهو لا يريدونهم على الإقامة على الكفر وترك دينهم وذلك لان الذى يكره على كلمة يقولها ثم يخلى لا ضرر فيها وهذا المقيم بينهم يلتزم باجابتهم إلى الكفر المقام عليه واستحلال المحرمات وترك الفرائض والواجبات وفعل المحظورات والمنكرات وان كان امرأة تزوجها واستولدوها اولادا كفارا وكذلك الرجل وظاهر حالهم المصير إلى الكفر الحقيقى والانسلاخ من الدين الحنيفى .

« مسألة ، قال (ومن ارتد وهو سكران لم يقتل حتى يقيق ويتم له ثلاثة أيام من وقت رده فإن مات في سكره مات كافراً)

اختلفت الرواية عن أحمد في ردة السكران فروى عنه أنها تصح ، قال أبو الخطاب وهو أظهر الروایتين عنه ، وهو مذهب الشافعي وعنه لا يصح وهو قول أبي حنيفة لأن ذلك يتعلق بالاعتقاد والقصد ، والسكران لا يصح عقده ولا قصده فأشبهه المعتوه ولأنه زائل العقل فلم تصح رده كالنائم ولأنه غير مكلف فلم تصح رده كالمجنون والدليل على أنه غير مكلف أن العقل شرط في التكليف وهو معدوم في حقه ولهذا لم تصح استنابته .

وانا أن الصحابة رضي الله عنهم قالوا في السكران : إذا سكر هذى وإذا هذى افتري لحدوه حد المفترى فأوجبوا عليه حد الفرية التي يأتي بها في سكره وأقاموا مظلماً مقامها ولأنه يصح طلاقه فصحت رده كالعاصي ، وقولهم ليس بمكاف ممنوع فإن الصلاة واجبة عليه وكذلك سائر أركان الإسلام ويأثم بفعل المحرمات وهذا معنى التكليف ولأن السكران لا يزول عقله بالكفاية ولهذا يتق المحذورات ويفرح بما يسره ويساء بما يضره ويزول سكره عن قرب من الزمان فأشبهه الناعس بخلاف النائم والمجنون ، وأما استنابته فتؤخر إلى حين صحوه ليكمل عقله ويفهم ما يقال له وتزال شبهته إن كان قد قال الكفر معتقداً له كما تؤخر استنابته إلى حين زوال شدة عطشه وجوعه ، ويؤخر الصبي إلى حين بلوغه وكالعله ولأن القتل جعل للزجر ولا يحصل الزجر في حال سكره وإن قتله قاتل في حال سكره لم يضمنه لأن عصمته زالت برده .

وان مات أو قتل لم يرثه ورثته ولا يقتله حتى يتم له ثلاثة أيام ابتداءها من حين ارتد ، فإن استمر سكره أكثر من ثلاث لم يقتل حتى يصحو ثم يستتاب عقيب صحوه فإن تاب وإلا قتل في الحال ، وإن أسلم في سكره صح إسلامه ثم يسأل بعد صحوه فإن ثبت على إسلامه فهو مسلم من حين أسلم لأن إسلامه صحيح وإن كفر فهو كافر من الآن لأن إسلامه صح وإنما يسأل استظهاراً وإن مات بعد إسلامه في سكره مات مسلماً .

(فصل) ويصح إسلام السكران في سكره سواء كان كافراً أصلياً أو مرتداً لأنه إذا صحّت ردة مع أنها محض مضرّة وقول باطل فلأن يصح إسلامه الذي هو قول حق ومحض مصلحة أولى فإن رجع عن إسلامه وقال لم أدر ما قلت لم يلتفت إلى مقالته وأجبر على الإسلام فإن أسلم والا قتل ويتخرج أن لا يصح إسلامه بناءً على القول بأن ردة لا تصح فإن من لا تصح ردة لا يصح إسلامه كالطفل والمعتوه (فصل) ولا تصح ردة المجنون ولا إسلامه لأنه لا قول له وإن ارتد في صحته ثم جن لم يقتل في حال جنونه لأنه يقتل بالاصرار على الردة والمجنون لا يوصف بالاصرار ولا يمكن استنابته ولو وجب عليه القصاص لجن قتل لأن القصاص لا يسقط عنه بسبب من جهته وههنا يسقط برجوعه ولأن القصاص إذا يسقط بسبب من جهة المستحق له فنظير مسألتنا أن يجن المستحق للقصاص فإنه لا يستوفي حال جنونه .

فصل

ومن أصاب حداً ثم ارتد ثم أسلم أقيم عليه حده وبهذا قال الشافعي سواء لحق بدار الحرب في ردة أو لم يلحق بها . وقال قتادة في مسلم أحدث حدثاً ثم لحق بالروم ثم قدر عليه أن كان ارتد درى عنه الحد وإن لم يكن ارتد أقيم عليه ونحو هذا قال أبو حنيفة والثوري إلا حقوق الناس لأن ردة أحبطت عمله فأسقطت ما عليه من حقوق الله تعالى كمن فعل ذلك في حال شركه ولأن الإسلام يجب ما قبله . ولنا أنه حق عليه فلم يسقط بردة كحقوق الأديمين ، وفارق ما فعله في شركه فإنه لم يثبت حكمه في حقه . وأما قوله الإسلام يجب ما قبله ، فالمراد به ما فعله في كفره لأنه لو أراد ما قبل ردة أفضى إلى كون الردة التي هي أعظم الذنوب مكفرة للذنوب وأن من كثرت ذنوبه ولزمته حدود يكفر ثم يسلم فتكفر ذنوبه وتسقط حدوده .

(فصل) فأما ما فعله في ردة فقد نقل منها عن أحمد قال سأله عن رجل ارتد عن الإسلام فقطع الطريق وقتل النفس ثم لحق بدار الحرب فأخذه المسلمون فقال تقام فيه الحدود ويقتص منه وسأله عن رجل ارتد فالحق بدار الحرب فقتل بها مسلماً ثم رجع تائباً وقد أسلم فأخذه وليه يكون عليه القصاص ؟ فقال قد زال

عنه الحكم لأنه إنما قتل وهو مشرك وكذلك ان سرق وهو مشرك ثم توقف بعد ذلك وقال لا أقول في هذا شيئاً .

وقال المناضى : ما أصاب في رده من نفس أو مال أو جرح فعليه ضمانه سواء كان في منعة وجماعة أو لم يكن لأنه التزم حكم الإسلام بإقراره فلم يسقط بجحده كما لا يسقط ما التزمه عند الحاكم بجحده والصحيح أن ما أصابه المرتد بعد لحوقه بدار الحرب أو كونه في جماعة ممتنعة لا يضمه لما ذكرناه في آخر الباب الذي قبل هذا وما فعله قبل هذا أخذ به إذا كان مما يتعلق به حق آدمي كالجناية على نفس أو مال لأنه في دار الإسلام فلزمه حكم جنايته كالذمي والمستامن .

وأما ان ارتكب حداً خالصاً لله تعالى كالزنا وشرب الخمر والسرقة فإنه ان قتل بالردة سقط ما سوى القتل من الحدود لأنه متى اجتمع مع القتل حد اكتفى بالقتل وان رجع الى الإسلام أخذ بجحد الزنا والسرقة لأنه من أهل دار الإسلام فأخذ بهما كالذمي والمستامن .

وأما حد الخمر فيحتمل أن لا يجب عليه لأنه كافر فلا يقام عليه حد الخمر كسائر الكفار ، ويحتمل أن يجب لأنه أقر بحكم الإسلام قبل رده وهذا من أحكامه فلم يسقط بجحده بعده والله أعلم .

(فصل) ومن ادعى النبوة أو صدق من ادعاهها فقد ارتد لأن مسيلة لما ادعى النبوة فصدقه قومه صاروا بذلك مرتدين ، وكذلك طليحة الأسدي ومصدقوه ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : لا تقوم الساعة حتى يخرج ثلاثون كذابون كلهم يزعم أنه رسول الله .

(فصل) ومن سب الله تعالى كفر سواء كان مازحاً أو جاداً ، وكذلك من استهزأ بالله تعالى أو بآياته أو برسوله أو كتبه ، قال الله تعالى : واثن سائتهم ليقولوا إنما كنا نخوض ونلعب قل أبالله وآياته ورسوله كنتم تستهزئون ؟ لا تعتذروا قد كفرتم بعد إيمانكم ، وينبغي أن لا يكتفى من الهازي بذلك بمجرد الإسلام حتى يؤدب أدبا يزجره عن ذلك فإنه اذا لم يكتف عن سب رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتوبة فمن سب الله تعالى أولى .

(فصل في السحر)

وهو عقد ورقى وكلام يتكلم به أو يكتبه أو يعمل شيئاً يؤثر في بدن المسحور أو قلبه أو عقله من غير مباشرة له ، وله حقيقة فنه ما يقتل وما يمرض وما يأخذ الرجل عن امرأته فيمنعه وطأها ، ومنه ما يفرق بين المرء وزوجه وما يفيض أحدهما إلى الآخر أو يحجب بين اثنين ، وهذا قول الشافعي .

وذهب بعض أصحابه إلى أنه لا حقيقة له إنما هو تخيل لأن الله تعالى قال (يخيل إليه من سحرهم أنها تسعى) وقال أصحاب أبي حنيفة إن كان شيئاً يصل إلى بدن المسحور ، كدخان ونحوه جاز أن يحصل منه ذلك ، فأما أن يحصل المرض والموت من غير أن يصل إلى بدنه شيء فلا يجوز ذلك لأنه لو جاز لبطلت معجزات الأنبياء عليهم السلام لأن ذلك يخرق العادات ، فإذا جاز من غير الأنبياء بطلت معجزاتهم وأداتهم .

ولنا قول الله تعالى (قل أعوذ برب الفلق من شر ما خلق ومن شر غاسق إذا وقب ومن شر النفاثات في العقد) يعني السواحر اللاتى يعقدن في سحرهن وينفثن عليه ولولا أن السحر له حقيقة لما أمر الله تعالى بالاستعاذة منه ، وقال الله تعالى (يعلمون الناس السحر وما أنزل على الملكين ببابل هاروت وماروت - إلى قوله) فيتعلمون منهما ما يفرقون به بين المرء وزوجه) .

وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم سحر حتى أنه ليخيل إليه أنه يفعل الشيء وما يفعله وأنه قال لها ذات يوم أشعرت أن الله تعالى أفتاني فيما استفتيته ؟ أنه إناي ملكان لجلس أحدهما عند رأسي والآخر عند رجلي فقال ما وجع الرجل ؟ قال مطبوب قال من طبه ؟ .

قال لبيد بن الأعصم في مشط ومشاطة في جف طلعة ذكر في يتر ذي اروان ، ذكره البخاري وغيره . جف الطلعة وعاءوها والمشاطة الشعر الذي يخرج من شعر الرأس أو غيره إذا مشط . فقد اثبت لهم سحراً .

وقد اشتهرت بين الناس وجود عقد الرجل عن امرأته حين يتزوجها فلا يقدر على أتيانها وحل عقده فيقدر عليها بعد عجزه عنها حتى صار متواتراً لا يمكن جمعه

وروى من أخبار السحرة ما لا يكاد يمكن التواطؤ على الكذب فيه . وأما إبطال المعجزات فلا يلزم من هذا لأنه لا يبلغ ما يأتي به الانبياء عليهم السلام وليس يلزم أن ينتهي إلى أن تسمى العصي والحبال .

إذا ثبت هذا فإن تعلم السحر وتعليمه حرام لأنعلم فيه خلافا بين أهل العلم ، قال أصحابنا ويكفر الساحر بتعلمه وفعله سواء اعتقد تحريمه أو إباحته وروى عن أحمد ما يدل على أنه لا يكفر فإن حنبلا روى عنه قال : قال عبيد بن عمير في العراف والكاهن والساحر : أرى أن يستتاب من هذه الأفاعيل كلها فإنه عندي في معنى المرتد فإن تاب وراجع يعني يخلو سبيله . قلت له يقتل ؟ قال لا ، يجلس لعله يرجع قلت له لم لا تقتله ؟ قال إذا كان يصلي لعله يتوب ويرجع . وهذا يدل على أنه لم يكفره لأنه لو كفره لقتله . وقوله في معنى المرتد يعني في الاستتابة

وقال أصحاب أبي حنيفة : إن اعتقد أن الشياطين تفعل له ما يشاء كفر وإن اعتقد أنه تخيل لم يكفر . وقال الشافعي . إن اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب إلى الكواكب السبعة وأنها تفعل ما يلتمس أو اعتقد حل السحر كفر لأن القرآن نطق بتحريمه وثبت بالنقل المتواتر والاجماع عليه والافسق ولم يكفر لأن عائشة رضي الله عنها باعت مدبرة لها سحرتها بحضور من الصحابة ولو كفرت أصارت مرتدة يجب قتلها ولم يجز استرقاقها ولأنه شيء يضر بالناس فلم يكفر بمجرد كرده كأذا هم ولنا : قول الله تعالى (واتبعوا ما تنزلوا الشياطين على ملك سليمان وما كفر سليمان ولاكن الشياطين كفروا) إلى قوله (وما يعلمان من أحد حتى يقولان إنما نحن فتنه فلا تكفر) أي وما كفر سليمان أي وما كان ساحرا كفر بسحره ، وقولها إنما نحن فتنه فلا تكفر أي لا تتعلمه فتكفر بذلك

وقد روى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن امرأة جاءت بها فجعلت تبكي بكاء شديدا وقالت يا أم المؤمنين إن عجوزا ذهبت بي إلى هاروت وماروت فقلت علماني السحر فقالا اتقي الله ولا تكفري فانك على رأس أمرك فقلت علماني السحر فقالا اذهبي إلى ذلك التور فبولي فيه ففعلت فرأيت كأن فارسا مقنعا في الحديد خرج مني حتى طار فغاب في السماء فرجعت اليها فأخبرتها فقالا ذلك إيمانك فذكرت باقي القصة ، إلى أن قالت ، والله يا أم المؤمنين ما صنعت شيئا غير هذا ولا أصنعه أبدا

فهل لي من توبة ، قالت عائشة ورأيتها تبكي بكاء شديداً ، فطافت في أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم متوافرون تسألهم هل لها من توبة ؟ فما أفتاها أحد إلا أن ابن عباس قال لها إن كان أحد من أبويك حيا فبريه وأكثري من عمل البر ما استطعت ، وقول عائشة قد خالفها فيه كثير من الصحابة ، وقال علي رضي الله عنه : الساحر كافر ويحتمل أن المدبرة تابت فسقط عنها القتل والكفر بتوبتها ويحتمل أنها سحرتها بمعنى أنها ذهبت الى ساحر سحر لها .

(فصل) وحده الساحر القتل ، روى ذلك عن عمر وعثمان بن عفان وابن عمر وحفصة وجندب بن عبد الله وجندب بن كعب وقيس بن سعد وعمر بن عبد العزيز وهو قول أبي حنيفة ومالك ولم ير الشافعي عليه القتل بمجرد السحر ، وهو قول ابن المنذر ورواية عن أحمد قد ذكرناها فيما تقدم ، ووجه ذلك أن عائشة رضي الله عنه عنها باعت مدبرة سحرتها ولو وجب قتلها لما حل بيعها ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان أو زنا بعد إحصان ، أو قتل نفس بغير حق ، ولم يصدر منه أحد الثلاثة فوجب أن لا يحل دمه .

والنا ما روى جندب بن عبد الله عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : حد الساحر ضربه بالسيف ، قال ابن المنذر رواه اسماعيل بن مسلم وهو ضعيف ، وروى سعيد وأبو داود في كتابيهما عن بحالة قال : كنت كاتباً لجزء بن معاوية عم الأحنف بن قيس إذ جاءنا كتاب عمر قبل موته بسنة : اقتلوا كل ساحر ، فقتلنا ثلاث سواحر في يوم ، وهذا اشتهر فلم يذكر فكان إجماعاً . وقتلت حفصة جارية لها سحرتها ، وقتل جندب بن كعب ساحراً كان يسحر بين يدي الوليد بن عقبة ، ولأنه كافر فيقتل للخبر الذي روي .

(فصل) وهل يستتاب الساحر فيه روايتان . إحداهما : لا يستتاب وهو ظاهر ما نزل عن الصحابة فإنه لم ينقل عن أحد منهم أنه استتاب ساحراً ، وفي الحديث الذي رواه هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن الساحرة سألت أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وهم متوافرون هل لها من توبة فما أفتاها أحد ، ولأن السحر معنى في قلبه لا يزول بالتوبة فيشبه من لم يتب .

والرواية الثانية يستتاب ، فإن تاب قبلت توبته لأنه ليس بأعظم من الشرك والمشرک يستتاب ، ومعرفة السحر لا تمنع قبول توبته فإن الله تعالى قبل توبة سحرة فرعون وجعلهم من أوليائه في ساعة ، ولأن الساحر لو كان كافرا فأسلم صح إسلامه وتوبته فإذا صحت التوبة منهما صحت من أحدهما كالكفر ، ولأن الكفر والقتل إنما هو بعمله بالسحر لا بعلمه بدليل الساحر إذا أسلم ، والعمل به يمكن التوبة منه ، وكذلك اعتقاد ما يكفر باعتقاده يمكن التوبة منه كالشرك ، وهاتان الروايتان في ثبوت حكم التوبة في الدنيا من سقوط القتل ونحوه ، فأما فيما بينه وبين الله وسقوط عقوبة الدار الآخرة عنه فيصح ، فإن الله تعالى لم يسد باب التوبة عن أحد من خلقه ، ومن تاب إلى الله قبل توبته لا نعلم في هذا خلافا (فصل) والسحر الذي ذكرنا حكمه هو الذي يغد في العرف سحرا ، مثل فعل أبيد بن الأعصم حين سحر النبي صلى الله عليه وسلم في مشط ومشاطة . وروينا في مغازي الأموي أن النجاشي دعا السواحر فنفخن في أحليل عمارة بن الوليد فهام مع الوحش فلم يزل معها إلى إمارة عمر بن الخطاب رضي الله عنه ؛ فأمسكه إنسان فقال خلني والامت فلم يخله فمات من ساعته .

وبلغنا أن بعض الأمراء أخذ سحرة فجاء زوجها كأنه محترق ، فقال قولوا لها تحل عني ، فقالت انتوني بخيوط وباب ، فجلست على الباب حين أتوها به وجعلت تعقد وطار بها الباب فلم يقدرُوا عليها .

فهذا وأمثاله مثل أن يعقد الرجل المتزوج فلا يطيق وطء زوجته هو السحر المختلف في حكم صاحبه .

فأما الذي يعزم على المصروع ، يزعم أنه يجمع الجن ويأمرها فتطيعه ، فهذا لا يدخل في هذا الحكم ظاهرا ؛ وذكره القاضي وأبو الخطاب في جملة السحرة ، وأما من يحل السحر فإن كان بشيء من القرآن أو شيء من الذكر والأقسام والكلام الذي لا بأس به فلا بأس به ، وإن كان بشيء من السحر فقد توقف أحمد عنه ، قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله سئل عن رجل يزعم أنه يحل السحر ، فقال قد رخص فيه بعض الناس ، قيل لا يبي عبد الله أنه يجعل في الطنجير ماء ويغيب فيه ويعمل كذا ، فنفض يده كالمنكر وقال : ما أدري ما هذا ، قيل له فترى

أن يؤتى مثل هذا يحل السحر ؟ فقال ما أدري ما هذا . وروى عن محمد بن سيرين أنه سئل عن امرأة يعذبها السحرة : فقال رجل اخط خطا عليها واغرز السكين عند مجمع الخط واقرا القرآن ، فقال محمد ما أعلم بقراءة القرآن بأسا على حال ولا أدري ما الخط والسكين .

وروى عن سعيد بن المسيب في الرجل يؤخذ عن امرأته فيلتمس من يداويه فقال إنما نهى الله عما يضر ولم ينه عما ينفع ، وقال أيضا : إن استطعت أن تنفع أخاك فافعل ، فهذا من قولهم يدل على أن المعزم ونحوه لم يدخلوا في حكم السحرة ولأنهم لا يسمون به وهو مما ينفع ولا يضر .

(فصل) فأما الكاهن الذي له رتى من الجن تأتيه بالأخبار ، والعراف الذي يحدس ويتخرص ، فقد قال أحمد في رواية حنبل في العراف والكاهن والساحر : أرى أن يستتاب من هذه الأفاعيل ، قيل له يقتل ؟ قال لا ، يحبس لعله يرجع : قال والعرافة طرف من السحر والساحر أخبث لأن السحر شعبة من الكفر . وقال الساحر والكاهن حكمهما القتل أو الحبس حتى يتوبا ، لأنها يلبسان أمرهما وحديث عمر : اقتلوا كل ساحر وكاهن ، وليس هو من أمر الاسلام ، وهذا يدل أن كل واحد منهما فيه روايتان ، إحداهما أنه يقتل إذا لم يتب . والثانية : لا يقتل لأن حكمه أخف من حكم الساحر وقد اختلف فيه ، فهذا بدرى القتل عنه أولى (فصل) فأما ساحر أهل الكتاب فلا يقتل لسحره إلا أن يقتل به وهو مما يقتل به غالبا فيقتل قصاصا .

وقال أبو حنيفة : يقتل لعموم ما تقدم من الاخبار : ولأنه جناية أوجبت قتل المسلم فأوجبت قتل الذمي كالقتل .

ولنا أن لبيد بن الأعصم سحر النبي صلى الله عليه وسلم فلم يقتله ولأن الشرك أعظم من سحره ولا يقتل به ، والاخبار وردت في ساحر المسلمين ، لأنه يكفر بسحره ، وهذا كافر أصلي ، وقياسهم ينتقض باعتقاد الكفر والمتكلم به وينتقض بالزنا من المحصن فإنه لا يقتل به الذمي عندم ويقتل به المسلم والله أعلم .

(تم الجزء الثامن بعون الله وبلية الجزء التاسع)

(فهرس الجزء الثامن من المغنى)

- ٣ كتاب اللعان ٤ قذف الرجل زوجته ٦ ان كان أحد الزوجين غير مكاف
 ٨ الآخرس والحرساء ١٠ كل موضع لا لعان فيه فالنسب لاحق فيه
 ١٢ قذف امرأة في نكاح فاسد — لو أبان زوجته ثم قذفها
 ١٣ ان أقر بوطء زوجته الأمة ثم أتت بولد لستة أشهر
 ١٣ إذا قذف مطلقته الرجعية ١٤ إذا قذف أجنبية ثم تزوجها
 ١٦ لا يغررض له حتى تطالبه زوجته ١٧ إذا قذفها ثم مات
 ١٨ اذا مات المقتوف ١٩ الشهادة في القذف
 ٢١ متى تلاعنا وفرق الحاكم بينهما ٢٢ فرقة اللعان فسخ
 ٢٥ ان أكذب نفسه عليه الحد ٢٦ نسب الولد
 ٢٦ ان لم يكذب نفسه ولم يلاعن ٢٧ ان قذفها واتقن من ولدها
 ٢٩ ان ولدت امرأته توأمين لحقا به ٣٠ ان أكذب نفسه بعد ذلك
 ٣٠ القذف على ثلاثة أضرب ٣٢ ان كرهت على الزنا فولدت ما حكمه
 ٣٢ ان نفى الحمل في التعانه ٣٤ ان استلمق الحمل
 ٣٥ اذا سككت عن نفى الحمل ٣٦ ان هنىء به فأمن على الدعاء لزمه
 ٣٧ لو جاءت امرأته بولد فنفى الزنا والولد
 ٣٨ من ولدت ولدا لا يمكن كونه منه في النكاح
 ٤٠ ان وضعت امرأته المطلقة في ظروف غير عادية
 ٤٣ اللعان الذى يبرأ به عن الحد يقول : ٤٤ ما يستحب عند اللعان
 ٤٥ ألفاظ اللعان وصفته ٤٧ شروط صحة اللعان ٤٨ ان كان بينهما في اللعان ولد
 ٤٩ ان قذفها برجل بعينه ٥٠ لو قال : يا زانية بنت الزانية
 ٥١ ان قذف محصنات لحد واحد ٥٢ ان التعن هي ولم تلتعن هي
 ٥٥ ان أقرت دون الأربع مرات ٥٦ ان قال يا زانية فقالت بك زنت
 (كتاب العدد)

- ٥٧ أقسام المعتدات ٥٩ عدة المطلقة الذى خلا بها زوجها
 ٦٤ متى تباح للزواج بعد العدة ٦٦ عدة الأمة وحكم الأيسة ومن لم تحض

- ٦٨ سن اليأس ، سن الحيض ٧٠ عتق الأمة في عدتها
- ٧١ إذا ارتفع الحيض بعد الطلاق ٧٢ ان عاد اليها الحيض
- ٧٣ ان عرفت ما رفع الحيض ٧٤ ان حاضت ثم ارتفع حيضها
- ٧٤ عدة المستحاضة ٧٥ ان حاضت في العدة وهي من لم يحضن
- ٧٧ عدة من خرجت بالقرعة ٧٨ عدة من مات زوجها
- ٨٠ عدة الحامل ٨٢ الحمل الذي تنقضي به العدة
- ٨٤ من أتت بولد بعد أربع سنين ٨٦ ان أقرت بالقروء ثم أتت بولد
- ٨٧ الزوج قبل انقضاء العدة ٨٩ النكاح بعد انقضاء العدتين
- ٩٠ المعتدة من غير النكاح الصحيح ٩٠ ان أتت بولد منهما
- ٩١ من تزوج معتدة . اذا خالع أو فسخ ٩٣ ان طلقها رجعيًا فنكحت من الغير
- ٩٤ أحكام المفقود ٩٧ طلاق ولي الزوج
- ٩٨ ابتداء مدة الغياب . ان قدم الزوج الأول ٩٩ متى اختار الأول تركها
- ١٠٠ ان اختارت المقام والصبر ١٠٢ ميراثها من الزوجين وتورثهما منها
- ١٠٣ زواج امرأة المفقود في غير وقت الزواج . قسمة مال المفقود
- ١٠٤ غياب الزوج ١٠٥ النكاح الباطل . عدة المعتق بعضها
- ١٠٦ أم الولد اذا مات سيدها ١٠٧ ما يكفي في الاستبراء
- ١٠٨ ان كانت آيسا : عدتها ١٠٩ ان ارتفع حيضها ولا تدرى
- ١٠٩ ان كانت حاملا حتى تضع
- ١١٠ اذا زوج أم ولده ثم مات . من مات زوجها وسيدها
- ١١١ ان أعتق أم ولده أو أمة
- ١١٤ ان كانت الأمة بين شريكين : اصابة الأمة المملوكة
- ١١٧ حالات في الاستبراء ١٢١ اذا ظهر حمل بالجارية المشتراة
- ١٢٢ ما تجتنبه الزوجة المتوفى عنها زوجها ١٢٧ سكنى المتوفى عنها زوجها
- ١٢١ ما للمعتدة : الخروج ١٢٢ ما تتوقاه المطلقة ثلاثا
- ١٢٣ ما يجب لها ان كانت حاملا
- ١٢٥ اذا خرجت الى الحج وتوفى عنها زوجها

- ١٢٧ إذا أذن لها الزوج في الانتقال إلى دار أخرى
- ١٢٨ عدة من إذا طلقها أو مات عنها وهو ناه
- (كتاب الرضاع)
- ١٢٩ الرضاع الذي لا يشك في تحريمه ١٤١ الشك في الرضاع
- ١٤٢ السعوط والوجور في الرضاع وتفسيره
- ١٤٣ عمل اللبن جبنًا أو حقنة للصبي . اللبن المشوب
- ١٤٤ ابن الميتة يحرم ١٤٥ من حملت ممن يلحق نسب ولدها به فثاب لها
ابن فأرضعت به طفلا
- ١٤٦ لا بأس أن يتزوج الرجل أخت أخته من الرضاع
- ١٤٨ إذا وطئ رجلان امرأة فأتت بولد فأرضعت بلبنه
- ١٥٢ لو تزوج كبيرة وصغيرة وأرضعت الكبيرة الصغيرة
- ١٥٥ من أفسد نكاح امرأة بالرضاع
- ١٦١ إن شهدت امرأة واحدة على الرضاع ١٦٣ إذا أقر بزوجه أنها أخته
- ١٦٤ إذا أقرت الزوجة أنه أخوها
- ١٦٥ الارتضاع بلبن الفجور والمشركات مكروه
- (كتاب النفقات)
- ١٦٦ على الزوج نفقة زوجته
- ١٦٧ النفقة تعتبر بحال أي الزوجين ١٧٠ حكم المكاتب والعبد
- ١٧١ الكسوة والفراش والمسكن والخادم
- ١٧٢ أن منعها ما يجب لها أخذت دون أذنه
- ١٧٣ وقت دفع النفقة ١٧٤ ادفع الكسوة في كل عام
- ١٧٥ أن منعها ولم تجد ما تأخذه فاختارت الفراق
- ١٧٦ من لم يجد النفقة إلا يوماً بيوم
- ١٧٨ الفسخ لأجل النفقة ١٧٩ أن رضيت بالمقام معه مع عسرتة
- ١٧٩ من ترك الاتفاق الواجب كان ديناً ١٨٠ ضمان النفقة
- ١٨١ إذا أعسر الزوج بالصدّاق

- ١٨١ نفقة الامة المزوجة . ان اختلف الزوجان في الاتفاق
- ١٨٣ ان ادعت امرأة مطلقة أنها حامل ١٨٤ نفقة الوالدين والاولاد
- ١٨٥ شروط وجوب الاتفاق ١٨٧ ذوو الارحام : نفقتهم
- ١٨٩ اعفاف الابن والاب بالزواج ١٩٠ نفقة الصبي الذي لا أب له
- ١٩٢ القسمة بين أقرباء الصبي ١٩٤ نفقة المرأة مع الاقارب ١٩٥ قدر نفقة القريب
- ١٩٦ نفقة الامة . نفقة ولد الامة . نفقة الحامل المطلقة
- ١٩٩ نفقة ولد العبد . حكم المكاتب
- ٢٠٠ على المكاتب نفقة ولدها . على المكاتب نفقة ولده من أمته
- ٢٠١ باب الحال التي تجب فيها النفقة على الزوج : الزوجة توطأ ولم تمنعه من نفسها
- ٢٠٣ الزوجة توطأ وزوجها صبي . الرققاء والحائض والنفساء
- ٢٠٤ اذا أبت الدخول الا بعد الصداق . ان اعتكفت
- ٢٠٦ الطلاق لا رجعة فيه : لا نفقة ولا .. ٢٠٨ المعتدة من الوفاة ونفقة الحمل
- ٢١٠ النفقة في النكاح الفاسد لا تجب - اذا خالعت زوجته وأبرأته
- ٢١١ نفقة الناشز لا تجب ٢١٢ (من أحق بكفالة الطفل) الام
- ٢١٤ الاختيار اذا بلغ الغلام سبع سنين ٢١٦ اذا بلغت الجارية سبع سنين فالاب ..
- ٢١٧ اذا أراد أحد الابوين السفر - ان لم تكن أم أو تزوجت الام
- ٢١٩ أم الام وأم الاب ٢٢١ الاخت من الام ومن الاب
- ٢٢١ خالة الاب وخالة الام ٢٢٣ بيان الاولى فالاولى
- ٢٢٤ ان تركت الام الحضنة مع استحقاقها
- ٢٢٤ اذا أخذ الولد من الام اذا تزوجت ثم طلقت
- ٢٢٥ منع الزوجه من رضاع ولدها - استرضاع الولد
- ٢٢٩ باب نفقة الممالك - النفقة والكسوة لهم ٢٣١ تزويج المملوك
- ١٣٢ امتناع المالك عن النفقة - نفقة المكاتب لا تجب
- ٢٣٢ استرضاع الامة لغير ولدها ٢٣٣ رهن المملوك - اذا أبق العبد
- ٢٣٣ تأديب العبد ٢٣٤ نفقة البهيمة

(كتاب الجراح)

- ٢٢٦ أوجه القتل . القتل العمد ٢٤٥ القود ٢٤٧ القتل دفاعا عن النفس أو العرض
 ٢٤٨ شبه العمد ٢٤٩ القتل الخطأ ٢٥٠ قتل مسلم بكافر ٢٥١ قتل كافر بكافر
 ٢٥٢ جرح مسلم كافرا ٢٥٥ القتل بين ذمي ومسلم ومرتد . قاتل الزاني المحصن
 ٢٥٦ قتل حر بعبد ٢٥٨ القصاص بين العبيد ٢٦٠ العبد والمكاتب
 ٢٦٠ قتل الكافر العبد . قتل عبد مسلم كافرا حرا
 ٢٦١ القصاص بين الولاة وبين الرعية ٢٦٢ الطفل والزائل العقل إذا قتلا
 ٢٦٣ إذا قتل السكران . قتل والد بولده ٢٦٤ قتل الأم بولدها
 ٢٦٥ قتل أحد الأبوين صاحبه ٢٦٦ قتل رجل أخاه . إخوة قتلوا أبويهم
 ٢٦٧ إخوة قتلوا بعضهم بعضا ٢٦٨ قتل الولد بأبيه . قتل الجماعة بالواحد
 ٢٧١ اشتراك الجماعة في جرح موجب للقصاص ٢٧٣ إذا قتل الأب وغيره عمدا
 ٢٧٤ كل شريكين امتنع القصاص في حق أحدهما
 ٢٧٤ اشتراك صبي ومجنون وبالغ في القتل ٢٧٦ قتل الذكر بالأنثى وبالعكس
 ٢٧٦ من كان بينهما في النفس قصاص فهو بينهما في الجراح
 ٢٧٧ إذا كان أحد القاتلين مخطئا والآخر متعمدا
 ٢٧٨ القصاص على شريك نفسه وشريك السبع ٢٧٩ دية العبد
 (باب القود)
 ٢٨٠ تحديد القاتل إذا كان مشتركا ٢٨١ من جرح ثم قتل
 ٢٨٣ الجرح الموجب للقصاص إذا سرى إلى النفس ٢٨٤ من قتل بغير السيف
 ٢٨٥ من قتل بالمال يحل لعينه كالخمر . الزيادة في القصاص
 ٢٨٧ القصاص بحضرة السلطان ٢٨٨ أن برئت الجراح قبل القتل
 ٢٩٠ لورمى مسلم كافرا عبدا فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم
 ٢٩١ لورمى حربيا فترس بمسلم . قطع يد عبد أو أنفه ثم أعتق
 ٢٩٤ تعدد الجناة ٢٩٥ قتل رجل اثنين واحدا بعد واحد
 ٢٩٨ إذا جرحه جرحا يمكن الاقتصاص منه بلا حيف
 ٢٩٨ شروط القصاص في الجروح ٢٩٩ الاستيفاء في القصاص لا يكون بالسيف

- ٣٠٢ اذا قطع منه طرفاً من مفصل ٣٠٢ قطع اليد وفيها ٨ مسائل
- ٣٠٥ المأمومة والجائفة لا قصاص فيهما ٣٠٦ قطع الاذن بالاذن
- ٣٠٨ قطع الانف بالانف . الذكور بالذكر ٣٠٩ الاثنيان بالاثنيين
- ٣١٠ العين بالعين ٣١٥ السن بالسن ٣١٦ كسر بعضها ٣١٧ اللسان والشفة
- ٣١٨ البين واليسار ومالا يجوز أخذه قصاصاً
- ٣٢١ سرابة القود غير مضمونة بخلاف الجناية ٣٢٣ القصاص في الطرف بعد البرء
- ٣٢٥ القصاص من حامل لا يجوز ٣٢٧ القاطع سالم الطرف والمقطوعة شلاء
- ٣٢٩ القاطع أشل والمقطوعة سالمة ٣٣٢ اذا قتل وله وليان بالغ وطفل أو غائب
- ٣٣٤ تأخير الاستيفاء وحبس القاتل
- ٣٣٦ من عفا من ورثة المقتول عن القصاص فلا قصاص
- ٣٣٩ العفو مطلقاً والتوكيل في القصاص ٣٤١ الجرح لا قصاص فيه
- ٣٤٤ اشترك الجماعة في القتل يقتلون به ٣٤٥ موجب العمد
- ٣٤٦ اذا جنى عبد على حر جناية قصاص فاشتراه الحر
- ٣٤٦ اذا وجب القصاص لصغير لم يجوز لوليه العفو
- ٣٤٧ ان قتل من الأولياء أن يقيدا به وبذل القاتل
- ٣٤٨ اذا أمسك رجلاً وقتله آخر ٣٤٩ من أمر شخصاً أن يقتل

(كتاب الديات)

- ٣٥١ دية الحر المسلم ٣٥٦ ان كان القتل عمداً ٣٥٨ ان كان القتل شبه عمداً
- ٣٦٠ الدية الناقصة كدية المرأة ٣٦١ ان كان القتل خطأ
- ٣٦٣ غلظ الدية بثلاثة أسباب
- ٣٦٦ العاقلة لا تحمل العبد ولا العمد ولا الصلح ولا الاعتراف ولا مادون الثقات
- ٣٦٩ اذا جنى العبد ٣٧٥ العاقلة ٣٧٩ القسمة بين العاقلة ٣٨١ من لا يحمل من العاقلة
- ٣٨٢ من لم يكن له عاقلة ٣٨٤ دية الحر الكتابي ٣٨٥ ان قتلوه عمداً
- ٣٨٦ دية المجوسى ٣٨٧ دية الحرة المسلمة نصف الحر . جراح المرأة تساوى الرجل

- ٣٨٩ دية العبد والأمة والجنين . . . ٣٩٦ إن كان الجنين مملوكا
- ٣٩٧ ولد المدبرة والمكاتب والمعتقة . . . ٣٩٨ ولد الأمة بين شريكين
- ٤٠٠ إن ألت جنينا حيا ثم مات . . . ٤٠٤ ما حل من ضرب
- ٤٠٥ إذا شربت الحامل دواء فالقت به جنينها . . . إن جنى على بهيمة
- ٤٠٦ إذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فرجع الحجر فقتل رجلا . . .
- ٤٠٧ إن كانوا أكثر من ثلاثة . . . ٤٠٨ إذا سقط رجل في بئر فسقط عليه آخر
- ٤٠٩ إن سقط رجل في بئر فتعلق بآخر . . . ٤١٠ إن وقع بعضهم على بعض فماتوا
- ٤١١ يجب الضمان بالسبب كما يجب بالمباشرة
- ٤١٢ إن حفر بئرا في ملكه أو ملك غيره بإذنه فلا ضمان عليه
- ٤١٤ إن حفر العبد بئرا في ملك انسان بغير اذنه ثم أعتقه سيده
- ٤١٤ إن حفر بئرا في ملك مشترك بغير اذن شريكه
- ٤١٥ إذا حفر بئرا في ملك غيره فأبرأه المالك
- ٤١٥ إن استأجر أجيرا فحفر في ملك غيره بغير اذنه
- ٤١٦ إن حفر في ملكه بئرا فوقع فيها انسان أو دابة
- ٤١٦ إذا بنى في ملكه حائطا مائلا
- ٤١٧ إذا تقدم الى صاحب الحائط بتقصه فباعه مائلا
- ٤١٨ إذا أخرج الى الطريق النافذ جناحا أو ساباطا
- ٤١٩ إن أخرج ميزابا الى الطريق . . . إذا بالت دابته في طريق فزلق به حيوان . . .
- إذا وضع جرة أو نحوها على سطحه فرمته الريح . . . إن سلم ولده الصغير لمن
- يعلمه السباحة فغرق
- ٤٢٠ لو شرب سيفا في وجه انسان أو طلبه بسيف مشهور أو قدمه الى هدف
- يرميه الناس . . . شهادة رجلين على رجل بجرح أو قتل ثم رجعا عن الشهادة
- ٤٢١ إذا أرسل السلطان الى امرأة ففرغت فأسقطت ضمنه
- ٤٢٢ من أخذ طعام انسان فهلك . . . ٤٢٣ ادعاء القاتل أن المقتول عيب

(باب ديات الجراح)

- ٤٢٤ حكم دية ما في الانسان منه شيء و ٢ وأربعة أشياء
- ٤٢٥ وفي العينين دية . حكم ما لو جنى على رأسه جناية ذهب بها بصره
- ٤٢٦ لو جنى عليه فنقص ضوء عينه ٤٢٧ في عين الأعور دية كاملة
- ٤٢٩ ما لو قطع يد أو رجل أقطع الرجل
- ٤٣٠ في الأشجار الأربعة دية وفي الأهداب دية
- ٤٣١ وجوب الدية في الأذنين والدية في السمع وحده اذا ذهب
- ٤٣٣ الدية في قرع الرأس ان لم ينبت الشعر وفي أحد الحاجبين نصف
- ٤٣٤ وفي المشام دية ٤٣٥ وجوب الدية في الأنف
- ٤٣٦ قطع المارن مع القصبة ٤٣٧ في الشفتين الدية وفي اللسان المتكلم به الدية
- ٤٣٩ ذهاب بعض الكلام ٤٤١ اذا قطع بعض لسانه فاققص المجنى عليه بالمحل
- اذا قطع لسان الصغير الذي لم يتكلم
- ٤٤٢ وان جنى عليه فذهب كلامه أو ذوقه
- ٤٤٣ قلع سن المثغور فيها خمس من الإبل وكذا الأضراس والانياب
- ٤٤٦ قلع السن المضطربة لكبر أو مرض ٤٤٧ فصول في جناية الأسنان
- ٤٤٨ فصل في اللحيين الدية وفي اليدين الدية ٤٥٠ حكم ما لو جنى على اليد فاشلها
- ٤٥١ في الثديين الدية من رجل كانا أو امرأة
- ٤٥٢ وجوب الدية في الإليتين والدية في الصلب اذا كسر
- ٤٥٤ وجوب الدية في الذكر ٤٥٦ الدية في قدم الأعرج ويد الأعسم
- ٤٥٦ عشر من الإبل في أصبع من اليدين والرجلين
- ٤٥٧ الأصبع الزائدة . في البطن اذا ضرب الدية
- ٤٥٩ الصم والعين القائمة والسن السوداء
- ٤٦١ فصول في الأسنان واللسان والأيدي والأرجل
- ٤٦٢ قطع الذكر بعد حشفته واسكتى المرأة : في ركب المرأة حكومة وفي موضحة
- الحر خمس من الإبل
- ٤٦٤ فصل ، موضحة غير الرأس والوجه وكونها لا مقدر فيها

- ٤٦٦ ما يجب في الهاشمة وما المراد بها ٤٦٧ المأمومة وإيجاب ثلث الدية فيها
 ٤٦٨ وجوب ثلث الدية في الجائفة
 ٤٧٠ لو أدخل أصبعه في فرج بكر فأذهب بكارتها
 ٤٧١ فصل في استطلاق البول ٤٧٢ إفضاء المكروهة والموطومة بشبهة
 ٤٧٣ في الضلع بعير وفي الترقوة بعيران - في الزند أربعة أبعرة
 ٤٧٤ أنواع الشجاج التي لا توقبت فيها ولا تقدير
 ٤٧٦ الشجاج التي تجب فيها حكومة وتفسير الحكومة
 ٤٧٩ تقويم قدر الحكومة إنما يكون بعد برء الجرح
 ٤٨٠ لو أظمه على وجهه فلم يؤثر فلا شيء
 ٤٨٠ لو كانت الجناية على العبد مما لا موقت فيه في الحر
 ٤٨٢ دية الخنثى المشكل ٤٨٣ ما لو كان المجنى عليه نصفه حر ونصفه عبد
 (باب القسامة)
 ٤٨٤ وجود القتل بين قوم وادعاء أوليائه على قوم لا عداوة بينهم
 ٤٨٥ دعوى القتل لا تسمع على غير معين
 ٤٨٧ بيان اللوث المشروط في القسامة ومعناه
 ٤٩٠ لو شهد رجلان على رجل أنه قتل أحد القتيلين لم يثبت
 ٤٩١ عدم ثبوت القسامة عند الاختلاف في المدعى عليه
 ٤٩٣ لو قال الولي بعد القسامة غلطت
 ٤٩٤ الإقرار بالقتل ونفيه عن المدعى عليه
 ٤٩٥ دعوى الأولياء القتل على من بينه وبين القتيل لوث
 ٤٩٦ استحقاق الأولياء للقود بمخلفهم إذا كانت الدعوى عمدا
 ٤٩٧ نكول المدعين في القسامة وحلف المدعى عليه فداء القتيل من بيت المال
 إذا لم يرض المدعون بيمين المدعى عليه
 ٤٩٨ شهادة البينة العادة بأن المجروح قال دمي عند فلان
 ٤٩٩ كون النساء والعبيد لا يقسمون في القسامة
 ٥٠٠ الخنثى المشكل يحتمل أن يقسم ٥٠١ حكم ما لو خلف المقتول ثلاثة بنين

- ٥٠٢ فان كان فيهم من لا قسامة عليه
- ٥٠٣ ان مات المستحق انتقلت الايمان الى وارثه
- ٥٠٣ ولو حلف بعض الايمان ثم جن : حكم رد الايمان
- ٥٠٤ لا خلاف في وجوب القسامة لقتل المسلم الحر ٥٠٥ في القسامة
- ٥٠٧ وليس للأولياء أن يقسموا على أكثر من واحد
- ٥٠٨ امتناع القسامة فيما لا قود فيه
- ٥٠٩ دعوى القسامة انما تسمع اذا كانت معرزة
- ٥١٠ جواز حلف الاولياء على القاتل بغلبة الظن ويستحب أن يستظهر في الفاظ اليمين في القسامة تأكيد
- ٥١١ الكفارة الواجبة في القتل وأحكامها
- ٥١٢ من قتل في دار الحرب مسلماً يعتقد كافر
- ٥١٢ مفهوم كلام الحرقي أن كل قتل مباح لا كفارة فيه
- ٥١٣ تجب الكفارة في مال قاتل الخطأ
- ٥١٣ من شارك في قتل يوجب الكفارة لزمته كفارة
- ٥١٤ اذا ضرب بطن امرأة فالقت جنيماً ميتاً
- ٥١٤ القول بأن الكفارة لا تجب على قاتل العمد
- ٥١٥ وما أوجب القصاص فلا يقبل فيه الا عدلان
- ٥١٦ ما أوجب المال دون القود قبل فيه رجل وامرأتان
- ٥١٧ لا يثبت القتل بالشهادة الا مع زوال الشبهة
- ٥١٨ فصول في الشهادة على القتل
- (كتاب قتل أهل البنى)
- ٥٢٢ أقسام البغاة وأحكامهم
- ٥٢٥ ثبوت الامامة باتفاق المسلمين على بيعة رجل واحد
- ٥٢٦ محاربة أهل البغى وامتناع الخروج على الامام
- ٥٢٧ أحكام قتال أهل البغى والحوارج
- ٥٢٨ قتال النساء والصبيان من أهل البغى

٥٢٨ لا يقاتل البغاة بما يعم إتلافه كالنار . قول أبي بكر إذا اقتلت طائفتان من أهل البغى فقدّر الإمام على قهرهما لم يعم واحدة منهما

٥٢٩ حكم ما لو أظهر قوم رأى الخوارج وحديث النبي (ص) في الخوارج

٥٣٠ جواز قتل أهل البغى إذا لم يندفعوا إلا بذلك

٥٣٠ فصول في حكم الصلاة على قتيل أهل البغى وحكم ضمان ما أتلّفوه .. حكم ما أتلّفه أهل البغى قبل الحرب وبعده

٥٣١ إذا دفعوا لم يتبع لهم مدبر ولا يجهز على جريحهم

٥٣٢ حكم من قتل معصوماً لم يؤمر بقتله

٥٣٣ فصل حكم غنيمة أموال أهل البغى وسبي ذريتهم

٥٣٤ قتل أهل البغى وحكم غسلهم وتكفينهم والصلاة عليهم . لم يفرق أصحابنا

بين الخوارج وغيرهم ٥٣٥ البغاة إذا لم يكونوا من أهل البدع فليسوا بفاسقين

٥٣٥ لا يكره للمادل قتل ذى رحمة الباغي

٥٣٦ حكم الأموال التي يجبيها أهل البغى كالزكاة والخراج

٥٣٦ قاضي أهل البغى وما ينفذ من أحكامه وما لا ينفذ

٥٣٨ استعانة أهل البغى بالكفار ٥٣٩ حكم ما لو ارتد قوم فأتلّفوا مالا للمسلمين

(كتاب المرتد)

٥٤٠ لا يقتل المرتد حتى يستتاب ثلاثاً ٥٤٢ وجوب استتابة المرتد

٥٤٣ يقتل المرتد إن لم يتب ٥٤٤ تحقيق الخلاف في قبول توبة المرتد

٥٤٤ قتل المرتد إلى الإمام حراً أو عبداً

٥٤٥ مال المرتد وجعله فيئا إذا مات أو قتل على رده

٥٤٥ لا يحكم بزوال ملك المرتد بمجرد رده

٥٤٦ وتصرفات المرتد في رده بالبيع والهبة والعتق والتدبير والوصية موقوف

٥٤٦ جعل مال المرتد عند ثقة من المسلمين . فصول في بطلان تزوج المرتد

وبطلان ملكه ٥٤٧ لحوق المرتد بدار الحرب وحكمه فيها

٥٤٧ أحكام تارك الصلاة وكفر من تركها جاحداً

٥٤٨ حكم من اعتقد حل شيء مجمع على تحريمه ٥٤٩ حرمة ذبيحة المرتد

- ٥٤٩ صحة إسلام الصبي إذا كان له عشر سنين
- ٥٥٠ صحة إسلام الصبي وقبوله وشروط صحته
- ٥٥١ حكم ما لو أنكر المرتد قول الردة ٥٥٢ الصبي المرتد لا يقتل حتى يبلغ
- ٥٥٢ حكم ما لو ارتد الزوجان ولحقا بدار الحرب
- ٥٥٣ حكم من امتنع من المرتدين من الإسلام بعد البلوغ
- ٥٥٤ متى ارتد أهل بلد صاروا أهل حرب
- ٥٥٤ وإن قتل المرتد من يكافئه عمداً فعليه القصاص
- ٥٥٥ من أسلم من المرتدين من الأبوين كان أولاده تبعاً له
- ٥٥٥ موت أحد الأبوين الكافرين والحكم بإسلام ولدهما
- ٥٥٦ الشهادة على رجل بالردة وإنكاره ٥٥٧ قبول شهادة العدلين بالردة
- ٥٥٧ الإقرار بالشهادتين ممن ثبتت ردة بالبينّة أو نحوها
- ٥٥٩ إتيان الكافر بالشهادتين لا يريد بها الإسلام . إتيان الكافر بالصلاة والحكم بإسلامه بذلك ٥٦٠ إكراه الذمي أو المستامن على الإسلام
- ٥٦١ فصل في الإكراه على الكفر
- ٥٦٢ الأفضل لمن أكره على كلمة الكفر أن يصبر ولا يقولها
- ٥٦٣ حكم من ارتد وهو سكران ٥٦٤ يصح إسلام السكران ولا تصح ردة المجنون ولا إسلامه . حكم من أصاب حداً ثم ارتد ثم أسلم
- ٥٦٥ فأما ما فعله في ردة ٥٦٦ من ادعى النبوة أو صدق مدعيها فقد ارتد
- ٥٦٦ من سب الله تعالى ٥٦٧ أحكام السحر ومعناه والأقوال فيه
- ٥٦٨ بيان حد الساحر ومن قال بقتله وهل يستتاب الساحر
- ٥٦٩ العراف والكاهن والساحر هل هم كفار أم لا ؟
- ٥٦٩ بيان صفة السحر الذي تترتب عليه الأحكام
- ٥٧٠ كون ساحر أهل الكتاب لا يقتل بسبب سحره

نصيحة

بمناسبة ما جاء في هذا الجزء (ص ٥٦٩) من الكلام عن السحر وان منه ما يمنع الرجل من إتيان زوجته ، وإمكان إبطال ذلك أقول :

لا أريد أن أتعرض لما قاله المؤلف بالنفي أو الإثبات ، وإنما أقول ان هذا يفتح المجال لأهل الدجل والشعوذة والجملة الذين لا يعرفون السحر ، وإنما كل همهم أكل أموال الناس بالباطل

ونصيحتي لكل زوج جديد ان حصل له منع عن الاتصال الجنسي هي أن لا يتسرع في استدعاء هؤلاء الذين يزعمون انهم يحلون المربوط ، ويصبر بضعة أيام وسيزول هذا المنع ان شاء الله .

ذلك أن هذا الزوج الجديد لا يخلو من أحد أمرين :

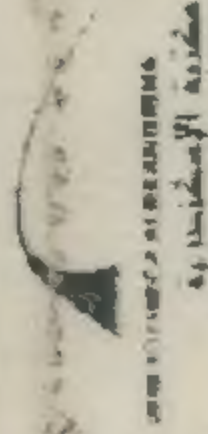
(١) اما انه رجل مسلم عفيف لم يكن يتورط فيما يتورط فيه غيره من الزنا فهو اذا كان معطلا للعضو ، وكل عضو يتعطل عن وظيفته يحتاج الى تنشيط عند ارادة استعماله . ألا ترى ان الرجل الذي لم يعود على المشي يتعب جدا اذا اضطرته الظروف الى المشي ، وهكذا الرجل الذي لم يعود على حمل الأثقال وعلاج هذا الرجل هو أن يداعب عروسه طويلا ولا يياس من زوال حالته ، وقد جربنا وغيرنا هذا العلاج فأتى بالنتيجة المطلوبة

(٢) واما انه كان يتورط في الزنا وأسرف على نفسه حتى أصيب بضعف الاعصاب فهذا علاجه عند الدكاترة والحقن لا عند الدجالين والنصايين

بشرى عظيمة

يسرنا أن نعلن القراء الكرام أن صديقنا الشيخ عبد المحي على محفوظ يعمل اليوم على نشر تفسير فتح البيان للعلامة المحقق صديق حسن خان ، وهو يقع في عشرة أجزاء كبيرة ، ويصدر الجزء الأول في اكتوبر ٦٥ ان شاء الله

كما عزم الشيخ على تجريد تفسير الجزأين الأخيرين من القرآن (عم وتبارك) وطبعهما على حدة لينتفع بهما كل مدرس ومدرسة عند افتتاح المدارس عام ١٩٦٥ وسيكون على ورق أبيض صقيل وطبع أنيق ، وسيكون للطبعة الامام النصيب الوافر من توزيع هذه المطبوعات ان شاء الله



ՀԱՅԱՍՏԱՆԻ ՀԱՆՐԱՊԵՏՈՒԹՅԱՆ
ՆԱԽԱՐԱՐԱՆԻ ԱԶԳԱՅԻՆ ԳՐԱԴԱՐԱՆ



0173232